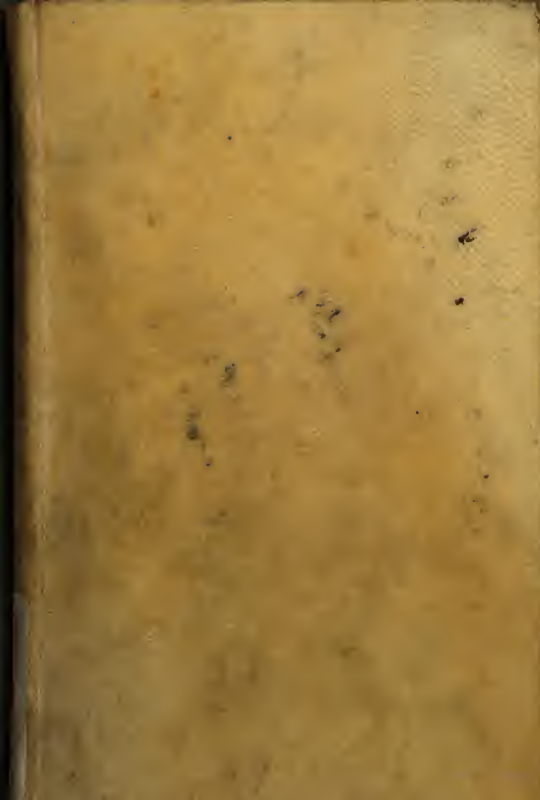




169
~~169~~
a
38

BIBL. NAZ.
Vitt. Emanuele III
169
A
38
NAPOLI



4.

LEZIONI

DI

DIRITTO CIVILE

NOVISSIMO



PARTE SECONDA

CONTENENTE

UN SAGGIO

DI

DIRITTO CONTROVERSO

OSSIA

L'ANALISI, LA COMPARAZIONE E L'AUTORITA' DELLE DOTTRINE DEI
PIU' ILLUSTRATI GIURECONSULTI SULLE PRINCIPALI QUESTIONI DI
DIRITTO CHE S' INCONTRANO IN CIASCUN LIBRO DELLE LEGGI
CIVILI VIGENTI PER LO REGNO DELLE DUE SICILIE.

DEL AVV. CESARE MARINI.



*Praelectiones de jure, atque exercitationes
eorum qui juris studiis incumbunt, et
operam dant, ita instituuntur et ordinan-
tur, ut omnia tendant ad quaestiones,
et controversias de jure sedandas potius
quam excitandas.*

BACONE, *de Just. univ.* Aphor. 93.

TOMO II.

COSENZA

Per Tipi di Giuseppe Migliaccio.

1858.

Se egli è vero che « la Giurisprudenza
» altro non è che l' arte di determi-
» nare negli affari occorrenti nelle ci-
» vili società ciò ch' é di ragione die-
» tro i dettami delle leggi vigenti »
egli è manifesto che nulla àvvi di più
importante.

ROMAGNOSI, *Saggio filosofico-politi-
co sull' istruzion pubblica-legale.*

*Essendosi adempite le prescrizioni delle leggi sulla
stampa, se ne invoca il favore.*

*Le copie non munite della qui sotto segnata cifra
si reputano in contraffazione.*

DELLA PETIZION DELL' EREDITA' — DELLA REVINDICAZIONE — E DELLE CLAUSOLE PENALI NEI FEDECOMMESSI PER DRITTO ROMANO.

QUISTIONI

1.° » **L**A penale di decadenza apposta in un
» maggiorato del 1788 contro dell' erede fiduciar-
» rio, non reclamata dall' erede fedecommissario
» in di cui favore era scritta nel tempo in cui
» i fedecommissi erano in vigore, può accor-
» dargli azione ad sperimentare il suo preteso
» dritto or che le sostituzioni sono state aboli-
» te? E nell' affermativa la penale si sarebbe
» ella verificata in favor dell' attore, ovvero di
» sua zia a prò della quale il trasferimento si
» sarebbe operato di pieno dritto nove anni pria
» della nascita del preteso fedecommissario at-
» tore?

2.° » L' esazione dei D. 666. 66. rata di prezzo de' fondi fedecommessati venduti fin dal 1808 al convenuto fatta per parte dell' attore sin dall' epoca della sua maggiore età nel 1820, può costituire una ratifica tacita, od una esecuzione volontaria dell' atto di vendita capace di produrre la rinuncia alle eccezioni che avrebbero potuto opporsi contro tale atto?

3.° » Non ostando all' attore, preteso erede fedecommissario, il *fine di non ricevere* per lo triplice motivo esposto nelle due precedenti quistioni, la buona fede del fiduciario alienante non meno che dell' acquirente de' beni fedecommessati, e resi liberi in persona del fiduciario sin dal 1807 è ella sufficiente per fare mantenere la vendita, e per fare rigettare l' azione di revindica promossa dal preteso fedecommissario otto giorni pria che si fosse compiuta la prescrizione decennale?

4.° » Nella più sfavorevole ipotesi potrà l' azione di revindica sperimentarsi su di un fondo acquistato all' asta pubblica, dietro una sentenza di aggiudicazione definitiva emessa contro del fiduciario e su di altro fondo che il preteso fedecommissario non ha giustificato di esser compreso tra i beni fedecommessati venduti al convenuto? Ed in ogni caso potrà il compratore pretendere il prezzo de' fondi acquistati, non che le migliorie che sono il frutto del tempo, della industria, e della mano dell' uomo?

Queste quistioni si sono promosse nella causa tra JACUZZI e TOCCI, di cui eccone la

SPECIE

1.^o Da una copia di testamento del 3 Settembre 1788 attribuito al fu D. Antonio Moliterni, e di cui l'estratta esibita è mancante di data, risulta che il testatore dopo avere istituiti eredi i figli che sarebbero nati dal suo matrimonio con D.^a Maria Antonia Rodotà di San Benedetto, fondò un maggiorato, o fedecompresso primogeniale in favore de' suoi primogeniti *in futurum*; in mancanza di essi in favore delle femmine; in deficienza di queste, in favor di D. Francesco Saverio Jacuzzi figlio di D. Orazio, e D.^a Maria Moliterni; in mancanza della discendenza di costui invitò al godimento del fedecompresso e maggiorato la sorella D.^a Francesca Jacuzzi moglie di D. Giov. Andrea Pellegrini; ma tale istituzione è stata subordinata alle seguenti condizioni, l'inadempimento delle quali per voto del testatore doveva portare la decadenza del fedecompresso, cioè: 1.^o che il fiduciario dovesse abitare nella casa palaziata del testatore in Cetraro. 2.^o Che dovesse portare il nome, e lo stemma Moliterni. 3.^o Che per qualsivoglia causa non si potessero alienare i beni soggetti al maggiorato.

Prevedendo poi il testatore il caso in cui D. Francesco Saverio Jacuzzi contravvenisse alle condizioni imposte al fiduciario si esprime così:
 » E non volendo detto D. Francesco Saverio
 » Jacuzzi abitare nella terra di Cetraro, e qui
 » fissare la sua casa per sempre, ed *in perpe-*
 » *tuum* col cognome e stemma della casa Mo-
 » literni, con casa Jacuzzi, subito resti escluso
 » dal godimento di questo maggiorato, e della

« intera eredità mia, e di D. Gioacchino mio
 » zio, e subentri subito il prossimo chiamato e
 » mancando il suddetto D. Francesco Saverio
 » di discendenti legittimi, e naturali, i quali pos-
 » sono adempir le leggi del Fedecompresso, ove
 » ne fossero, e non volessero adempirle, suben-
 » tri al godimento de' miei beni, e di mio zio
 » D. Gioacchino, D.^a Francesca Jacuzzi mia di-
 » letta Nipote, e moglie di D. Giov. Andrea
 » Pellegrini sempre cogli stessi vincoli, patti, e
 » condizioni da me disposte.

2.^o Da un certificato del Cancelliere della Ca-
 mera Notariale di C. C. risulta che tra le sche-
 de di Notar Parsia consegnate al Notar conser-
 vatore D. Saverio de Giacomo esistevano. 1.^o Il
 codicillo di D. Antonio Moliterni del 15 maggio
 1789. 2.^o L'apertura del testamento dello stes-
 so D. Antonio Moliterni eseguita a 9 Maggio
 detto anno, senza farsi menzione alcuna del te-
 stamento originale.

3.^o Da due altri documenti poi esibiti dal
 convenuto Signor Tocci risulta che avendo la
 Camera Notariale di C. C. con sua deliberazio-
 ne del dì . . . Marzo 1837 ordinato a Notar
 De Giacomo conservatore della scheda di Notar
 Parsia di consegnarla a Notar Cerbelli, perchè
 egli incapace di estrarre copie, attesa la sua ce-
 cità, si è ricusato esso De Giacomo di farne la
 consegna, come si è ricusato del pari di rilascia-
 re al Signor Tocci copia del voluto testamento
 di D. Antonio Moliterni, che dicesi rogato dal
 detto Notar de Parsia.

4.^o A 22 Maggio 1789 D. Francesco Saverio
 Jacuzzi presentò al Giudice locale il codicillo di
 D. Antonio Moliterni, e poichè costui non avea

lasciato discendenti domandò, ed ottenne il decreto di preambulo a quella Corte baronale, e quindi l'immissione in possesso conseguita in quel giorno.

5.° Dopo la morte di Moliterni il Signor D. Francesco Saverio Jacuzzi ottenuto il decreto di preambulo s'immise nel possesso de' beni fedecommissati senza assumere il nome nè lo stemma di Moliterni, e senza curarsi di fissar sua dimora nella casa del defunto in Cetraro; ed inoltre varie vendite egli fece negli anni 1799 per D. 75 - e 1804 per D. 45 - e 1806 per D. 400, come si assume dall'attore (1).

6.° Nel dì 12 Ottobre 1808, dopo aboliti i fedecommissi, D. Francesco Saverio Jacuzzi vendè a D. Ferdinando Tocci i fondi Gardo, Parridi, e Macchia della Guardia, che dissero compresi nel fedecommissato di D. Antonio Moliterni risoluto in persona di esso D. Francesco Saverio in forza della Legge del 15 Marzo 1807 per lo prezzo di D. 4200 de' quali D. 2000 si convenne di rimanere nelle mani del compratore per sicurezza delle doti di D.^a Marianna Ronchi moglie dell'alienante Jacuzzi.

(1) L'attore Sig. Jacuzzi ha esibito un Istrumento del 28 Settembre 1799 contenente vendita a Cristofaro Bianco per D. 18; altro del 1 Dicembre detto anno contenente vendita a Filippo Gramigna per D. 57; altro del 15 Novembre 1804 contenente vendita a Giovanni Ajeta per D. 45; altro finalmente del 5 Gennaio 1806 contenente vendita fatta a D. Leopoldo Giordano per D. 400. Totale D. 520.

Ecco le grandi vendite de' beni fedecommissati fatte da D. Francesco Jacuzzi, e per le quali si pretende che sia decaduto dal fedecommissato!

7.° Siccome sul fondo Gardo gravitava una ipoteca a favore del Signor Domanico, così dietro un regolare giudizio di espropria essendo questi divenuto aggiudicatario, Tocci fu nell'obbligo di comprarlo di nuovo con istrumento del 2 Dicembre 1811, pagando per la seconda volta il prezzo a Domanico.

8.° Con sentenze del 18 Maggio 1810 ad istanza del tutore il Tribunale Civile di Cosenza dispose che i D. 2000 si depositassero negli uffizi de' depositi giudiziari per impiegarsi col parere del consiglio di famiglia omologato dal Tribunale, e con altra sentenza del 29 Marzo 1813 il Tribunale approvò il parere del consiglio di famiglia per lo impiego di tal somma facendosi un mutuo a' Signori Cianflone, ed a 13 stesso mese ed anno si stipulò l'analogo contratto.

9.° Con posteriore istrumento del 5 Luglio 1817 i Signori Cianflone delegarono la soddisfazione de' D. 2000 al Signor Bosco, il quale con sentenza del Tribunale del 24 Marzo 1820 in contraddizione del tutore D. Ferdinando Ronchi fu condannato a pagare D. 666. 66. a D. Luigi Jacuzzi per sua rata sui D. 2000 impiegati co' Signori Cianflone.

10. Con istrumento degli 11 Aprile 1820 i D. 666. 66. furono pagati al Signor D. Luigi Jacuzzi divenuto maggiore, che ne fece quietanza, e con altri due istrumenti del 19 Agosto 1820, e 24 Gennaio 1823 una egual somma di D. 666. 66. venne pagata a D.^a Saveria, e D.^a Giovannina Jacuzzi.

11. Pacifico possessore il Signor Tocci del fondo Gardo Parridi e Macchia della Guardia fece ingenti spese per migliorarlo, e già le migliorie

avevano quadruplicato il valore de' suoi acquisti, allorchè D. Luigi Jacuzzi avendo ceduti tutt' i suoi dritti ad un ricco Cavaliere di Amantea, questi sotto il mentito nome del cedente a 19 Dicembre 1829 istituì giudizio di revindica contro il Signor Tocci, allegando che avendo D. Fran. Saverio Jacuzzi contravvenuto alle condizioni imposte dal fedecommettente, era decaduto dal fedecommeso prima della Legge abolitiva del 15 Marzo 1807, e che non avendo esso D. Luigi Jacuzzi potuto istituire il giudizio di revindica per la sua minoretà, era ancora in tempo di promuoverla, come con quell'atto la promuoveva chiedendo il rilascio de' fondi a Tocci venduti una co' frutti percepiti dal giorno del possesso.

12. Dietro le opportune difese per parte del convenuto, il Tribunale Civile di Calabria Citra, con sentenza del 12 Marzo 1834 rigettò la domanda dell' attore sulla considerazione ch' egli aveva tacitamente ratificato la vendita coll' esazione di parte del prezzo, in soddisfazione della dote di sua madre.

13. Avverso tal sentenza a 6 Marzo 1835 si è prodotto appello alla Gran Corte Civile.

14. Incaricato io della difesa del Signor Tocci in contraddizione del Signor D. Ignazio La Russa meritevolissimo Avvocato del Signor D. Luigi Jacuzzi, nell' udienza del 26 Marzo 1838, ho conchiuso nei seguenti termini.

SIGNORI

Le quistioni che si propongono a risolvere nella causa tra JACUZZI e TOCCI forse nuove ne-

gli annuali del foro da venti anni a questa parte, richiamar devono tutta l'attenzione della Gran Corte Civile, poichè si tenta di far risorgere i fedecommissi dalla tomba ove sono stati sepolti dietro la Legge salutare del 15 Marzo 1807, applaudita dai voti della culta Europa, e la cui mercè si è segnata un' Era novella all' equilibrio delle proprietà presso tutte le nazioni civilizzate.

Inutil fora il riandare l' origine de' fedecommissi (1) la loro efficacia ne' bei tempi della libertà latina (2), le vicende che subirono colla Legge Voconia (3), e coi S. C. publicati da

(1) I fedecommissi furono ignoti agli antichi Romani, come ci attesta Montesquieu Spirito delle Leggi lib. 27.

(2) Sotto il governo dei Re, ed anche sotto quello della Repubblica, le sostituzioni fedecommissarie erano ignote. Si conoscevano solamente le sostituzioni dirette *si Titius Heres non erit, Heres esto Cajus*, che si facevano con termini imperativi, perchè in forza della legge delle dodici tavole, che permise i Testamenti, dovevan questi farsi nell' Assemblea del popolo coll' istesse formalità delle leggi, e quindi eran piuttosto atti del dritto politico, che del dritto civile, piuttosto atti del dritto publico, che del dritto privato.

Vedi Montesquieu Spirito delle leggi lib. 27.

(3) Tra la seconda e la terza guerra Punica essendosi colla legge Voconia proibito alle donne di poter conseguire eredità maggiori di centomila sesterzi, come ci assicurano Dione lib. 56 e Cicerone *de finibus* lib. 2. per eludere tal legge s' introdussero i fedecommissi, poichè istituivasi un erede capace per legge di ricevere, pregandosi di rassegnar l'eredità ad una persona che ne era incapace per legge. Tai fedecommissi però non erano obbligatori, ma la loro esecuzione dipendeva dall' arbitrio degli eredi fiduciari, *sola fide, et pudore non ullo vinculo juris continebantur*, come si esprime Giustiniano nel titolo 23 delle Istituzioni, perlocchè Montesquieu Spirito delle leg. lib. 27. pag. 177. ingegnosamen-

Augusto sotto i Consolati di Trebellio, e di Pegaso (1), le modificazioni cui andarono soggetti a' tempi di Costantino (2), in fine i cangiamenti che dopo il XVI secolo ricceveron tra noi sempre ammiratori ed imitatori delle Leggi straniere e solleciti nell' adottare gli statuti di Toro di cui ci fecer dono gli Spagnuoli sotto il governo Viceregnale (3).

te osserva, *che la probità facea guerra alla probità*, perchè se il fiduciario incaricato di restituire l' eredità al fedecommissario, rassegnava in effetti, come praticò Sesto Peduceo, era un cattivo cittadino violando la legge; se riteneva, come fece Publio Sestilio Rufo, era uno spregiator della buona fede del defunto, il quale riponendo sul suo onore avealo reso depositario de' suoi voleri.

Vedi Cicerone *de finibus boni, et mali* lib. 2.

(1) Andata man mano in disuso la legge Voconia, cessata per la leg. Pappia la proibizion di succedere per le femmine in molti casi, accordata alle madri la luttuosa eredità de' propri figli coi Senatus consulti Claudio, e Tertulliano, i fedecommissi furono resi obbligatori sotto Augusto in modo che il dritto della sostituzione fedecommissaria può dirsi che nacque sotto di lui, crebbe sotto Claudio, si confermò sotto Nerone, e fu riformato, ed interpolato sotto Giustiniano. Vedi Forstero *observat.* Cap. 16. Dessi però dovevan essere necessariamente disposti in termini precativi, e coi soli atti di ultima volontà. Vedi Domat *leg. Civili* tom. 5.

(2) Ai tempi dell' Imperatore Costantino la Giurisprudenza subì una fase tutta nuova, poichè quell' Imperatore riconoscendo come sottili ed insulse le formalità dei fedecommissi introdotte da Augusto coi Senatus Consulti Trebelliano e Pegasiano, colla leg. 5. *cod. de testam.* prescrisse *quibuscumque confecta sententiis, quolibet genere facta institutio valeat, si modo per eam liquebit voluntatis intentio.*

(3) I fedecommissi primogeniali quali si veggono tra noi non ci vengono da' Romani. Secondo Giovanni Torre, l' uso se ne introdusse in Italia nel tempo che Pipi-

Maestri voi del pubblico e del privato dritto, maestri dell' antica e della nuova Legge, io non farei che rozzamente ripetervi ciò che ho appreso dalla vostra saggezza, per cui contento di ritenere in fatto che al maggiorato istituito dal fu Antonio Moliterni fu invitato il Signor D. Francesco Saverio Jacuzzi in mancanza di discendenti del testatore colla penale di decadenza pel triplice caso in cui o il fiduciario non avesse assunto il cognome e lo stemma del fedecommettente, o non avesse curato di fissar sua dimora in Cetraro in casa del testatore, o avesse alienato i beni fedecommessati dichiarati inalienabili dal doppio voto della Legge e dell' istituyente, mi occuperò ad esaminar brevemente in dritto:

1.º Se possa sussistere l' azion di revindica fondata sulla decadenza del fedecomMESSO a carico di D. Francesco Jacuzzi fiduciario, intentata nel tempo in cui i fedecomMESSI sono stati già aboliti?

2.º Se osti all' attore *il fine di non ricevere*

no, e Carlo Magno Re di Francia s' impadronirono di questa contrada.

Di poi s' immaginò nelle Spagne, e propriamente ne' Consigli di Toro nel 1505. sotto la Regina Giovanna, una specie particolare di majorasco, in cui non è il primogenito più prossimo dell' ultimo possessore che viene al fedecomMESSO, ma bensì il primogenito del ramo, ossia il rappresentante del primogenito che avrebbe raccolto se avesse vissuto. Fino al 1600. di tai fedecomMESSI ve n' eran pochi, e ristretti a pochissimi gradi, ma dopo quell' epoca, nobili, plebei, poveri, e ricchi imitando il Padron del Contado, usavano di fedecomMETTERE la loro eredità, divenendo i fedecomMESSI il modo ordinario delle Istituzioni, sia testamentarie, sia per atto tra vivi. Vedi Domat tom. 5. lib. V.

per aver volontariamente eseguito l'atto di vendita colla esazione dei D. 666. 66. rata di prezzo di sua spettanza?

3.° Se la buona fede del compratore non meno che dell'alienante sia sufficiente a respingere l'intentata azione di revindica malgrado che non fosse ancor compiuto il periodo della prescrizione?

4.° In fine se nella ipotesi più sfavorevole al Signor Tocci potesse l'azione di revindica esperimentarsi sul fondo Gardo acquistato all'asta pubblica dietro una sentenza di aggiudicazione definitiva, o sul fondo S. Barbara non compreso tra i beni fedecommessati venduti al Signor Tocci? E se in ogni caso potrà il Signor Tocci perdere il prezzo dei fondi acquistati, e le migliorie che sono il frutto tanto del tempo che dell'industria e della mano dell'uomo?

La soluzione di queste interessanti quistioni deciderà del destino della causa, e del merito della presente contesa.

SULLA PRIMA QUISTIONE

§. 1.° Niun dubbio che la condizione risolutiva apposta sia in un contratto, sia in un atto di ultima volontà risolve *ipso jure* l'obbligazione, rinvoca *ipso jure* l'istituzione od il legato, come insegna Scevola nella L. 135 ff. *de verb. obligat.* e come abbiamo dall'intero titolo del digesto *de condit. et demonstrat.* (8).

(8) Scevola nella leg. 135 ff. *de verb. oblig.* dice espressamente, che se in un contratto si prefigge il giorno della soddisfazione, il creditore non può rifiutare l'of-

Niun dubbio altresì, che ove siasi stipulata una pena ne' contratti, o comminata negli atti di ultima volontà, avverato il caso previsto alla pena s' incorre egualmente *ipso jure* come abbian da Marcello *de Lege commissoria*, e dal titolo del codice *de his quae poenae nomine in testament. vel Codic. scrib. vel relinquitur*: (1).

ferta dell' adempimento dopo l' elasso del termine, comunque il creditore pria del termine avesse acquistato dritto alla risoluzione del contratto; *quod omne ad iudicis cognitionem remittendum est*.

Laddove si fosse convenuto una pena tra le parti per l' adempimento di una obbligazione a termine, qualora siasi fissato un termine per un compromesso, qualora siasi espressamente convenuto una clausola risolutiva, s' incorreva *ipso jure* nella pena, come decidono le leg. 12 cod. *de contrha. vel comit. stipul. leg. 35. ff. de Recept. arb. leg. 4 ff. de leg. Comis. leg. 2. cod. de jur. Emphit.*

Ciò non ostante la purgazion della mora fu sempre ammessa nel nostro Regno per effetto d' una Decretale di Gregorio nono *Cap. Potuit de locat. conduct.*; che anzi Carlo Duca di Calabria nel cap. 130 prendendo in veduta una leg. di Cajo, leg. 8. ff. si *quis cauti in jud.* ha ordinato che alla purgazion della mora non si potesse ne anche rinunziare.

(1) Giustiniano nella leg. unica cod. tit. 41 *de his quae poenae nomine in testamento vel codicillis scribuntur vel relinquuntur*, si limita solamente a permettere, che si potesse a taluno togliere l' eredità il legato o il fedecommeso *poenae nomine*, rivoceando le disposizioni delle leggi anteriori, ma non dice che nella pena s' incorre *ipso jure*. Nella leg. poi 77 ff. *de legat. secund.* Papiniano nel paragrafo 27 insegna che la penale di decadenza per il diritto di alienazione ingiunta al fiduciario dà dritto al fedecommissario di poter chiedere il fedecommeso quantevolte non sia egli stesso incorso in contravvenzioni, ma non dice che alla pena s' incorresse *ipso jure*.

Marciano nella legge 114 *de legat.* primo § 14. in-

Ma che cosa è egli mai necessario perchè una condizion risolutiva potesse dirsi verificata?

Di che avvi d'uopo per dirsi di essersi incorso nella penale?

Fiammi lecito, o Signori, di giovarmi di quegli stessi scrittori ai quali il mio valente contraddittore è ricorso, per dimostrarvi colla di loro autorità che dessi insegnano precisamente ciò che la ragione consiglia, cioè che il giudice deve esaminare in fatto se l'evento della condizione siasi o no verificato; se l'evento cui sia stata subordinata la pena sia o pur no seguito, e dopo un tale solenne giudizio di fatto, e non prima, il contratto, l'istituzione, il legato, posson dirsi *ipso jure risolti*.

In vero il Peregrini *de fideicom*: art. 11. n. 125 a 130, nel proporre la quistione che ci occupa, dopo aver riportato le opposte opinioni di Bartolo e di Socino espone la sua ne seguenti termini » *ubi conditio de aliquo faciendo injun-*

segna che la penale imposta al fiduciario senza indicarsi la persona che dovesse profittarne, si debba reputare come non apposta, ove poi fosse indicata *servandam esse*, senza aggiungere nulla di più.

In fine Giustiniano nella leg. 1. cod. commun. *De legat. fideicommissis* § 2. prescrive, che in nessun caso l'erede fiduciario potesse vendere, o pignorare le cose soggette a fedecommissso, ma non aggiunge alcuna pena di decadenza. Nel §. 3. poi soggiunse *sciat quod conditio- ne impleta, ab initio causa in irritum revocatur. . . et in omnibus his casibus legatario quidem, vel fideicommissario omnis licentia pateat rem vindicare, et sibi adsignare, nullo obstaculo ei a detentoribus opponendo*.

Ma di che fa d'uopo per dirsi la condizione verificata, ed incorso alla pena? In nessuna delle leg. citate se ne fa alcun motto.

» *gitur hæredi post emolumentum hæreditate*
 » *quæsitum, conditio non servat conditionis*
 » *naturam, sed modi* » e voi già da maestri
 e conoscitori sommi dell' antico e del nuovo dritto conoscete pur troppo le conseguenze della clausola modale.

Ed altrove lo stesso scrittore art. 43 numeri 7, 8, 9, e 10 stabilisce le seguenti massime *voluntatis quaestio in ultimis voluntatibus ad judicem pertinet; sententia quæ in judicatum transivit probat fideicommissum esse vel non esse constitutum: conditio in relictis et aliis conditionalibus prius liquidari debet, quia ante non competit actio; conditionis eventum fideicommissarius probare tenetur, nec non implementum diei et conditionis; et probationes debent esse certæ et concludentes.*

Il Sorge de *ultim. voluntat.* Cap. II. proponendo la stessa quistione insegna *ad hoc autem ut hæres aut legatarius incurrat poenas caducitatis, tria copulative requiruntur, quorum si unum deficiat, poena locum non habet; 1.º Scientia dispositionis poenalis; 2.º Contraventio; 3.º Interpellatio partis, et monitio judicis;* come insegnano del pari Giovanni Costa, e Merlino; ed ognun vede eh' essendo nell' obbligo dell' attore di provar la scienza del controventore, l' avvenimento della controvenzione, l' interpellazione al controventore, tutto ciò suppone un giudizio, ed un giudizio plenario che dee principiare dalla denunzia del testamento al dir dello stesso Sorge, e dee compiersi colla monizione del Giudice come prescrive l' autentica di cui parlerovvi a momenti.

In fine il Cardinal De Luca nel num. 309

insegna, egli è vero, che la sostituzione sottoposta ad una condizion risolutiva diviene nulla *ipso jure*. Ma spiegando in seguito la sua proposizione, soggiunge, *si testator adjicit poenas caducitatis a tota haereditate, ac a bonis etiam non alienatis, verius ac receptum est requiri malitiam et culpam redolentem dolum verum, ita ut ignorantia seu justa credulitas aut alia excusatio non adsit; ideoque rari sunt casus in quibus ista substitutionis species verificetur.*

Non basta dunque secondo il Cardinal De Luca la semplice controvenzione, ma si esige nel contravventore una malizia, ed una colpa lata da eguagliarsi al dolo! Dunque secondo l'opinione dell' insigne Porporato, la sola ignoranza, la sola credulità, e qualunque altra scusa per parte del voluto contravventore, eran sufficienti perchè il Giudice allontanasse dal suo capo il fulmine della decadenza! Dunque un giudizio solenne era necessario per far pronunziare la pena della caducità, e rarissimi erano a suoi tempi i casi ne' quali si avveravano simili sostituzioni!

Ma a che ricorrere all'autorità degl' interpreti, ove chiara è la disposizione della Legge?

Le Leggi 9 e 22 C. *de donat.* 6 ed 8 C. *de rer. permut.* L. 2. C. *de condit. ob caus. dat.* L. 9 ed ult. C. *de revocand. donat.* L. 31 §. 1. ff. *de donat.* uniformi all'articolo 881 delle Leggi civili in vigore, testualmente prescrivono che l'inadempimento delle condizioni apposte negli atti di donazione tra vivi, debba esser sottoposto al giudizio del magistrato cui è dato di pronunziar la revoca della liberalità, e l'autentica *hoc amplius C. de fideicom.* senza di-

stinzione alcuna tra condizioni che consistono in *faciendo*, ed in *non faciendo*, richiede non solo un giudizio solenne per l'avveramento della condizione risolutiva o della clausola penale, ma dispone altresì in termini precisi che il controvventore non possa dichiararsi decaduto dal fedecommesso, se non quando avesse persistito nella contravvenzione dopo un anno dal dì della monizione giudiziale. *Hoc amplius qui defuncti iudicium lege non representatum monitus a iudice intra annum non implet, excluditur, eo quod praeter debitum naturale perceperit ex eodem iudicio* (1).

Or chi mai interpellò Francesco Saverio Jacuzzi, perchè adempito avesse alle condizioni del fedecommesso? Qual Giudice avvertillo perchè ne avesse procurato l'adempimento? Qual magistrato ricevè o valutò le sue giustificazioni dichiarandole insussistenti? Se tanto si fosse praticato, D. Francesco Saverio Jacuzzi avrebbe forse dimostrato che se egli non assunse il nome e lo stemma di Moliterni, ciò avvenne perchè non ha potuto ottenere il permesso Sovrano richiesto dalle Leggi imperanti in quell'epoca per simili can-

(1) Coerentemente all'autentica sopra citata la Novella dell'Imperator Giustiniano *de h'ered: et falc:* cap. 1. si esprime così. *Si quis autem non implens quod dispositum est, sed dum competat ei qui honoratus est, quod relictum est, etiam ex decreto iudicis admonitus, annum totum non agens hoc quod praecceptum est, si quidem aliquis illorum fuerit qui necessario ex lege praecipunt, in plus autem quam quod lex ei dare vult scriptus est haeres: tantum accipiat solum quantum lex ei dare secundum quartam ab intestato partem concedit; aliud vero totum auferri.*

giamenti; avrebbe forse dimostrato che una sentenza d'interdizione od altra causa grave imperiosa ed irresistibile vietogli di fissare sua dimora in Cetraro; avrebbe in fine giustificato che le poche vendite fatte nel 1799 e 1804 dalle quali ritrasse appena D. 520 furon fatte per adempier all'obbligo sacro di dotar le figlie, ciò che venivagli permesso dall' autentica *res quae substitutioni subjacent* (1) a voi tanto nota: Ed ecco come la pretesa controvenzione sarebbe svanita in fatto, la decadenza e la caducità sarebbero cessate di pieno dritto.

§. 2.º Ma qui sento ripetermi che se l'istanza per la decadenza non si è promossa prima, si è al tempo di promuoverla cumulativamente al giudizio di revindica, essendo stato a tal' uopo provocato D. Francesco Saverio Jacuzzi nell'attual contestazione; che se un giudizio solenne sull'avvenimento della condizion risolutiva e della clausola penale, cui la decadenza dal fedecomesso era subordinata, non si è fatto ancora, può ben pronunziarsi da questo rispettabil Collegio, e quindi dichiararsi contemporaneamente sussistente e ben fondata l'azion di revindica promossa contro del Signor Tocci, dacchè la condizione avendo un effetto retroattivo rimonta all'

(1) *Res quae subjacent restitutioni, prohibentur alienari quidem, vel obligari, sed si liberis portio legitima non sufficit ad dotis sive donationis propter nuptias obligationem: permittitur res praedictas in eam causam alienare, vel obligare pro modo honestati personarum congruo.*

Vedi l'Autentica citata al tit. 4.3 C. comm: *de legat: et fideic.*

epoca del testamento e produce di pieno dritto *ex tunc* il trasferimento in persona del Signor D. Luigi Jacuzzi.

Son queste, o Signori, le voci del mio degno contraddittore, ed è questo il baluardo della sua difesa; ma esso non poggia che su di uno specioso sofisma, ed io l'ho presentato in tutta la sua forza per farvi conoscere viennaggiornamente la debolezza.

Ed in verò, io appresi dalle Leggi 59 e 62 ff. *de haered. instit.* che nelle istituzioni condizionali (sia che la condizione consista in *faciendo, vel in non faciendo*) la capacità dell'erede dee attendersi all'epoca in cui la condizione hassi per verificata, perchè negli atti di ultima volontà, la condizione non ha mai effetto retroattivo. Vedi ancora L. 31 e 104 ff. *de condit. et demonstrat.* e L. 15 ff. *de rebus dubiis.*

Io appresi da Cujacio sulle L. 78 ff. *de verb. obligat.* che *in legatis spectatur tempus quo conditio existit, in stipulationibus tempus contractus; quia conditio existens non retrotrahitur ad mortis tempus.*

E volendo ricercar la ragione di una tal differenza, mi venne bentosto additata non meno dalle Leggi citate, che da' giureconsulti Pothier trattato delle obbligazioni, numeri 203, 208 e 222. Toullier Tom. 5. Num. 93. Ricard delle disposizioni condizionali N.º 203, e 222. Furgole de' testamenti tomo 2.º pag. 261. » Nei contratti
» ti (dicono gli scrittori citati) ciascuno stipula
» per se, suoi credi, e successori, per cui tutti
» si han presenti nella mente de' contraenti al momento della contrattazione; negli atti di ultima

» volontà per l'opposto, non avendosi in mira
 » che la persona del legatario, o dell'erede, la
 » condizione non può mai avere un effetto re-
 » troattivo, dovendosi attendere alla capacità del-
 » l'erede al tempo della condizione verificata ».

Or se dopo aboliti i fedecommissi Luigi Jacuzzi è divenuto incapace a conseguir la sostituzione ordinata dal fu Antonio Moliterni, come potrebbe muoversi disputa sull'avveramento di una condizione che non avrebbe mai effetto retroattivo? Egli *incidit in eam causam a quo incipere non poterat*, e quindi la sostituzione in suo favore *pro non scripta habetur* come si esprime Marciano nella legge 3. ff. *de his quae pro non scriptis habentur*, ed il suo dritto è divenuto caduco, come insegnano Africano e Paolo nelle leggi 31, e 104 ff. *de condit. et demonstrat.* letteralmente ritenuta dalle nuove leggi, art. 995 LL. CC., come han luminosamente dimostrato ed il Toullier, ed il Pothier, e tutta la numerosa schiera degl'interpreti del nuovo dritto.

§ 3. Ma immaginiam per un momento la più strana e la più illegale delle ipotesi, cioè che la condizione risolutiva, e la penale di cui or per la prima volta si muove disputa siasi verificata discussa e giudicata sin dal 1789 epoca della morte del fu Moliterni. Ammettiamo che sin d'allora siasi verificata (comunque giammai pronunciata dal Magistrato a' termini dell'autentica *hoc amplius*) la decadenza di D. Francesco Saverio Jacuzzi dal fedecommissso di Moliterni, dacchè egli giammai assunse il nome e lo stemma di Moliterni, giammai brigossi di fissar sua dimora in Cetraro nella casa del fedecommettente come ha sostenuto l'attore in tutti gli atti del giudizio, e

specialmente nell'istruzione per iscritto fatta d'ordine del Tribunale Civile di Calabria Citra. Ebbene! esaminiamo le conseguenze di questa illegale ipotesi, e vediamo quali ne saranno gli effetti nella causa in disame.

Il fu D. Antonio Moliterni allorchè col testamento del 1788 contemplava le persone e le linee (giacchè il fedecommissato di Moliterni è indubitamente lineale (1) e successorio), chiamate successivamente l'una in mancanza dell'altra al godimento de' suoi beni, invitava: 1. i suoi primogeniti maschi, quindi i secondi, terzi, ed ultro geniti: 2. in mancanza la sua primogenita femmina, e quindi le seconde ed ultro genite femmine: 3. in mancanza della sua discendenza maschile e femminile invitava al godimento il suo nipote D. Francesco Saverio Jacuzzi, e suoi primogeniti maschi: 4. in fine in mancanza di discendenti di D. Francesco Saverio Jacuzzi invitava D. Francesca Jacuzzi sua nipote, sorella di esso Francesco Saverio maritata con D. Giovanni Andrea Pellegrini di Amantea.

Ma allorchè ei mirava alla controvenzione de' suoi precetti, conscio com'era che per le leggi latine la proprietà sia libera, sia fedecommissata non potea stare unquamai sospesa, unquema in *pendenti*, volle che per la pena in cui avrebbe potuto incorrere Francesco Saverio Jacuzzi, la sua decadenza dovesse operare *ipso jure* e subito il trasferimento de' beni fedecommissati in favor di D. Francesca sua sorella » e non volendo (son parole del testamento) detto D.

(1) Vedi Domat tom. 5 lib. 5 tit. 5 § 11.

» Francesco Saverio Jacuzzi abitare nella terra
 » del Cetraro, e quì fissare la sua casa per sem-
 » pre *et in perpetuum* col cognome e stemma
 » della casa Moliterni con casa Jacuzzi, subito
 » resti escluso dal godimento di questo maggio-
 » rato, e dell'intera eredità mia, e di D. Gioac-
 » chino mio zio, e subentri subito il più prossi-
 » mo chiamato, e mancando il suddetto D. Fran-
 » cesco Saverio di discendenti legittimi, e natu-
 » rali, i quali possan adempier le leggi del fe-
 » decommesso, o ve ne fossero, e non volessero
 » adempierle, subentri al godimento de' miei beni,
 » e di mio zio D. Gioacchino, D. Francesca Ja-
 » cuzzi mia diletta nipote, moglie di D. Gio-
 » vanni Andrea Pellegrini.

Or una delle due:

O vogliam ritenere che la condizione riso-
 lutiva e la penale non debbono considerarsi ve-
 rificate attesa la mancanza dell' istanza, dell' in-
 terpellazione e del giudizio, nel tempo in cui le
 sostituzioni eran permesse, giusta il prescritto dell'
 autentica *hoc amplius*, e giusta l'autorità di Pe-
 regrini, Sorge, De Luca, Cujacio, Pothier, e Toul-
 lier, e la domanda del Sig. D. Luigi Jacuzzi a-
 vanzata per la prima volta or che i fedecommes-
 si sono stati aboliti, dev' esser rigettata.

O soffogando per un momento la voce im-
 periosa della legge vogliam ritenere che la con-
 dizion risolutiva e la penale siansi verificate sin
 dal 1789, e sin d' allora operata *ipso jure* la
 decadenza di Francesco Saverio Jacuzzi, comunque
 nè si fosse mai avanzata contro di lui dimanda,
 nè si fosse mai pronunziato alcun giudizio, ed in
 tal caso non D. Luigi Jacuzzi che non era nè
 nato nè concepito in quell' epoca (poichè egli no-

ve anni dopo, cioè nel 1798 giusta la sua assertiva vide la luce) ma D. Francesca Jacuzzi unicamente potrebbe pretendere i beni fedecommessati, perchè operatosi di pieno dritto a suo favore il trasferimento.

Che si presenti in giudizio questa novella Amazzone, ed io rinverrò nuove armi per respingere le sue pretese; ma se il D. Luigi Jacuzzi non potrà sfuggir le conseguenze del mio stringente dilemma, ho giusta ragione di augurarmi che la giustizia della Gran Corte sia per rigettare come insussistente, illegale, e mal fondata la sua dimanda, assicurando per sempre il tranquillo riposo del convenuto Sig. Tocci, che pel corso di 30 e più anni ha pacificamente posseduto i beni comprati all' ombra tutelare della buona fede, e di quella legge sovrana che ha l' irresistibil potere di annientire e ridurre in polvere il titolo del Sig. Jacuzzi incapace a sottrarsi dalla mano del tempo che tutto altera, corrompe, e distrugge.

SULLA SECONDA QUISTIONE

§ 4. Fin quì si è dimostrato che l' attore Sig. Luigi Jacuzzi manca di veste, di legittimità, e per servirci del linguaggio delle antiche leggi, manca di *persona* onde poter sostenere l'intentata azione di revindica, poichè o la condizion della decadenza non hassi a riputare per verificata giammai, o ritenendosi come compiuta sin dal 1789, il trasferimento si è operato di dritto in favore di D. Francesca Jacuzzi estranea al presente piato.

Fiami or concesso di esaminar brevemente se anche nella prima ipotesi ostasse al Sig. Ja-

cuzzi il *fine di non ricevere* per aver volontariamente eseguito e tacitamente confermato l'atto di vendita esigendo docati 666. 66. rata di prezzo di sua spettanza.

Signori — L'ingegnosissimo e dotto mio contraddittore con seducenti argomenti si è sforzato di dimostrarvi che l'attore D. Luigi Jacuzzi giammai conobbe l'atto di vendita, ch'egli esigè i docati 666. 66. come rata delle doti materne, non come rata di prezzo de' fondi venduti a 'lloci: che quindi nè volontariamente eseguì, nè tacitamente confermò la vendita, non potendogli perciò ostare la sua quitanza, elevandosi a rinunzia ai mezzi di rescissione da lui promossi contro l'alienazione de' beni fedecommessati.

Ma questi argomenti ingegnosi sussistono essi in fatto? Reggon dessi al-crogiuolo di quella critica filosofica e legale che tanto distingue questo rispettabil Consesso?

Vi risovvenga, o Signori, che quando Tocci comprò ebbe piena conoscenza, e si fè espressa menzione nell'istrumento che i beni di cui faceane l'acquisto eran vincolati da un fedecom-messo risoluto in persona del venditore, e fugli imposto di ritenere presso di se docati 2000. per soddisfarsi le doti della Sig. Ronchi moglie del venditore; vi risovvenga che con sentenza del 18. Maggio 1810. provocata dal tutor di Jacuzzi, Tocci fu condannato a depositare la somma nella Cassa de' depositi giudiziari; che da lì a poco con altra sentenza del 19 Marzo 1813. Tocci fu condannato a pagare i docati 2000. rimasti in suo potere, per impiegarsi come s'impiegarono co' Signori Cianflone; che infine fattosi maggiore il Sig. Jacuzzi, con altra sentenza del 24 Marzo

1820. si è disposto pagarsegli docati 666. 66. sua rata sulle doti materne, ch' ei ricevè rilasciandone ampia quietanza con istrumento degli undici Aprile 1820.

Or Dio buono! Se tutte le sentenze enunciate furon pronunziate dietro deliberazioni del Consiglio di famiglia, sempre rimessive all' istrumento di vendita fatta al Sig. Tocci, ove espressamente facevasi menzione del fedecompresso e della sua risoluzione in persona di D. Francesco Saverio Jacuzzi, come si può supporre che tutto ciò s' ignorasse da D. Luigi Jacuzzi? E se il debitor delle doti era suo padre D. Francesco Saverio, allorchè D. Luigi ricevevano docati 666. 66. di sua rata, non dal padre debitore, ma dal Sig. Cianflone mutuatario del prezzo de' beni fedecommessati venduti a 'lloci delegatario, come supporre che li ricevesse senza conoscere nè la delegazione, nè il motivo che l' avea dato causa?

La prima ipotesi farebbe tutto al più supporre in Luigi Jacuzzi un error di dritto, ma giammai un' ignoranza ed un error di fatto, e si sa che l' error di dritto non è capace a distruggere gli effetti dell' esecuzione volontaria (1).

(1) È massima consacrata da Paolo nella leg. 9. ff. *de juris ac facti ignorantia*, *regula est juris quidem ignorantiam cuique nocere, facti vero ignorantiam non nocere*, e l' istesso insegnano Costantino, e Massimiano nella leg. 1. C. *eodem*.

Percorrendo poi le diverse leggi sparse nel cod. e nel digesto, si troverà che l' ignoranza di dritto nuoce a chi erra sulla prossimità del suo grado nelle successioni, legge 1. ff. *de jur. et fact. ignorant.*, a chi abbia eseguita la non solenne volontà del testatore, o del defunto *institut. de fideic. haered.* leg. 2. ff. *de fideic.*, re-

La seconda ipotesi poi resiste alla ragione, e ciò che alla ragione ripugna non può esser voluto dalla legge che ha la ragione per guida, e che altro non è se non *la ragion scritta*. Ecco perchè la legge 10. ff. *de rebus eor. qui sub tut.* (1) sanziona che se il minore dopo la maggiore età avesse esatto il prezzo de' beni venduti durante la sua età minore senza le formalità necessarie, cessava il beneficio della restituzione *in in-*

stando non solo impedito a ripetere il già fatto pagamento, ma l'obbligazione ancora a continuare per l'avvenire il pagamento ordinato, leg. 1. *cod. de fideic.* leg. 16 § 2 *cod. de testam.*; a chi non abbia ritenuto la falcidia l. 9. § 2 e. *de testam.* 9 § 5 ff. *cod. l. 9 cod. ad l. falc.*; a chi non abbia chiesto il possesso dei beni leg. 1. ff. *de jur. et fac. igno.* leg. 3. *cod. eod.*; al fidejussore che ha pagato, benchè era nullamente obbligato, leg. 29 § 1 ff. *mand.*; a chi abbia confessato in giudizio leg. 2 ff. *de confes.*; a chi abbia rinunciato ad una successione leg. 2 *cod. de jur. et fac. igno.*; a chi abbia pagato l'indebitto leg. 10 *cod. eodem*; alla madre che non abbia chiesto il tutore pei figli naturali leg. 11 *cod. qui pet. tutor.*; a chi abbia dato denaro a mutuo al figlio di famiglia leg. 3 ff. *ad S. C. Maced.*; a chi abbia illegalmente comprato i beni del pupillo, leg. 2 § 15 ff. *pro empt.*; a chi abbia fatto compiere contro di se il tempo della prescrizione leg. 12 *cod. de praescrip. long. temp.* leg. 2 in fine *cod. de praescript. 30 annor.* al liberto che abbia senza permesso del Pretore chiamato in giudizio il padrone, o la moglie, i genitori, i figli, o gli eredi anche estranei, leg. 2 *cod. de in jus voc. etc.*

Or come potrebbe Luigi Jacuzzi giovarsi di un errore di dritto, e distruggere gli effetti dell'esecuzione volontaria senza rendersi ribelle alle LL. citate?

(1) Ecco i termini della legge 10. ff. *de reb. eor. qui sub. tut. Illicite post Senatusconsultum pupilli vel adolescentis praedictum venundato, si eo nomine apud judicem tutelae, vel utilis actionis aestimatio facta est, eaque soluta; vindicatio praedicti ex aequitate inhibetur.*

tegram, e lo stesso insegnano la l. 1. c. *si major factus ratum habuerit*. l. 7. ff. *de Sen. Con. Macedon.* l. 16. c. *de testam.* l. 36. ff. *de fideicom. libertat.* supponendosi e la piena scienza della delegazione, e della causa che vi diè luogo nel creditore che riceve il debito dal delegatario anzicchè dal suo debitore, perchè altrimenti il pagamento sarebbe un pagamento senza causa, e quindi nullo a profitto del creditor soddisfatto.

Se dunque Jacuzzi si fece pagare da Tocci e non dal padre le doti materne, ei non potea ignorar la delegazione, poichè questa scienza è presunta in lui per presunzione *juris et jure*; e se egli ne fè quitanza, uopo è conchiudere che volontariamente eseguì, che tacitamente confermò l'atto di vendita, ciò che importa l'assoluta rinuncia a tutt' i mezzi di rescissione che con fronte adamantina impudentemente or promuove in

E per qual ragione vale la ratifica fatta dal minore divenuto maggiore coll'esazione ed impiego del prezzo della vendita? Perchè, dice Tuldén sul titolo del Codice *si major factus*, quando il minore ratifica il contratto, non fa se non aggiungere un consenso che la sua età maggiore rende da per se obbligatorio, al consenso precedentemente dato dall'altro contraente; di sorte che da tal momento esiste un concorso di due consensi, che non forma un nuovo contratto, ma che si riporta al contratto primitivo, ed irrevocabilmente lo consolida. *Quia ab una parte (son sue parole) consistit obligatio, isque qui contraxerat cum minore, nisi eo consentiente revocare consilium non potuit: is igitur cum ratificatione concurrat et conspirat, adeoque quia ea hoc casu retrahitur, non est novus contractus.*

Vedi Merlin nelle sue quistioni di dritto alla voce *Mineur* §. 4.

giudizio, dopo averci incassata la rata del prezzo de' fondi venduti. Vedi le leg. 1. e 2. c. *si major factus ratum habuerit*, 3, 4, 5. ff. *ad sen. cons. Maced.* 3. ff. *de minor.* 25. an. 1. c. *si adversus rem judicat.* 1. ff. *qui potior in pign. hab.* ed art. 1292 l. c.

Se questa impudenza vien riprovata dalla legge e dalla morale, io non oso temere che possa essere applaudita da questo rispettabil Collegio che della legge n'è il religioso e vigil custode.

§ 5. Invano il degno difensore dell' attore ha invocato le l. 5, ff. *de his quae ut indignis.* 4. c. *de jur. et facti ignorantia* 6, ff. *de transact.* per dimostrare che l' esecuzione volontaria dell' atto di vendita non impedisce a Luigi Jacuzzi di promuovere l' azion di decadenza del fedecommesso di Antonio Moliterni contro l' erede fiduciario suo padre D. Francesco Saverio (1).

Queste leggi non ci sono ignote, ma osiam rammentare alla saggezza della Gran Corte Civile che-desse non sono applicabili alla specie in esame.

In vero la prima delle leggi citate dispone che *etiam post legatum acceptum, haeredi ab intestato non tantum licebit falsum arguere testamentum, sed et non jure factum contendere*: la seconda prescrive *si post divisionem fa-*

(1) Vedi Merlin alla voce *testamento* nel suo repertorio sez. 2. §. 5. ove con vasta erudizione, con profonda dottrina e con eloquenza inimitabile dimostra che le LL. 5. ff. *de his quae ut indignis*; 4. C. *de jur. et fact. ign.*; non sono applicabili se non a colui che ha soddisfatto un legato od un fedecommesso, perchè i legati ed i fedecomessi sussistevano *ex sola conscientia* nè avean bisogno di formalità alcuna.

tam, testamenti vitium in lucem emerit, ex his quae per ignorantiam confecta sunt, praedictum tibi non comparabitur: la terza finalmente dichiara nulla ogni transazione sul testamento *nisi inspectis cognitisque tabulis*.

Or nella specie che ci occupa, trattasi forse di un erede ab intestato che dopo accettato il legato impugna di nullità il testamento in cui era stato scritto legatario? Trattasi forse di un erede intestato, che dopo la divisione fatta si è avvisato d'impugnar di nullità il testamento, i di cui vizi, al tempo della divisione gli erano stati tenuti occulti? Trattasi infine di una transazione fatta su dritti nascenti dal testamento, senza essersi questo tenuto presente nella stipula dell'atto? Tutti questi casi sono estranei alla specie che ci occupa, poichè ora è unicamente quistion di sapere se l'erede fedecommissario che ha riconosciuto il dritto del fiduciario, e volontariamente eseguito gli atti di alienazione fatti dal fiduciario istesso, possa promuovere l'azion di decadenza contro di lui, giovandosi di quell'istesso testamento da cui sorge il suo dritto di sostituzione. Le Leggi Romane negavano in questo caso la facoltà di poter più invocare la sostituzione, a colui che aveva riconosciuto il dritto dell'erede istituito, come abbiain dalle l. ult. c. *de fideicom.* e 30 § 1. ff. *de testam. milit.* l. 1, 11, 21. ff. *de legat.* 3. e ciò per la ragione che ci viene additata nelle l. 2. e 23. c. *de fideicom.* non che da Furgole nel suo trattato de' testamenti cap. 6. » Allorchè l'erede testamentario, o *ab* » *intestato* (dicon le leggi citate) riconosca » o approva la volontà del defunto per rapporto a' legati e fedecommissi non rivestiti delle

» formalità di dritto, egli non fa che soddis-
 « fare ad un' obbligazione che conosceva di es-
 » sergli stata imposta, ed eseguir la volontà del
 » defunto che si è confidato alla sua probità, sen-
 » za punto considerare se i legati ed i fedecom-
 » messi fossero rivestiti delle formalità di dritto,
 » *cum non ex sola scriptura, sed ex con-*
 » *scientia relictis fideicommissis, voluntate defun-*
 » *cti satis factum esse videtur.* » Ma quando
 siasi riconosciuto il dritto dell' erede istituito, la
 ricognizione tacita od espressa vietava all' erede
 intestato d'istituir l'azione di nullità del testamen-
 to, perchè le formalità per l'istituzione dell' ere-
 de erano di essenza, e non dettate semplicemen-
 te *probationis causa*, e per servirmi dell' espres-
 sione di Fabro nella definizione 7. lib. 6. tit.
 12. in cod. *nemo ex sola confessione adver-*
sarii fit haeres.

Ognuno poi conosce che la l. 6. ff. *de trans-*
act. è affatto estranea alla presente disputa, poi-
 chè non trattasi di una transazione che poggia u-
 nicamente sulla incertezza de' dritti de' transigenti,
 come dice Ulpiano nella l. 1. ff. *de transact* (1).

(17) *Qui transigit, quasi de re dubia* (son parole della legge 1. ff. *de transact.*) *et lite incerta, neque fi-*
nita transigit: perlocchè poggiando la transazione sull' incertezza dei dritti che ciascuna delle parti credeva poter fondare su di un titolo certo, se il titolo era nullo o non si era tenuto presente nella transazione, questa era rescindibile, come osservano Vinnio *de transact.* cap. 5. n. 7., e nelle sue questioni scelte lib. 1. cap. 8; ed il Voet sul digesto lib. 2. tit. 15. n. 13. Ciò non pertanto Einnuccio fondando sulle leggi 12 ff. *de transact.* 78. ff. ad S. C. Trebell., 3. ff. *de transact.*, sostiene l' inammissibilità dell' azion di re-*cissione*, e la sua opinione è stata seguita da non pochi interpreti del dritto,

è la di cui nullità era testualmente proclamata dalle leggi Romane, sia che fosse stata fatta in esecuzione di un titolo nullo, sia che fosse relativa ad un testamento, sul quale erasi transatto *non inspectis tabulis*. Ma quì trattasi di una ricognizione tacita, di una esecuzione volontaria e formale degli atti di vendita con piena scienza per parte di colui che dopo aver incassato il prezzo de' beni venduti, vorrebbe farci credere che ignorava e la causa del pagamento, e la sussistenza del suo dritto all' epoca dell' esazione fattane.

S' egli ignorava il suo dritto, la Legge con voce imperiosa rigetta le sue mentite scuse, ed il Magistrato che delle Leggi n' è l' organo deve rigettarla del pari.

Se poi egli per sola ignoranza di fatto si ricevè dal delegatario del prezzo de' fondi venduti a Tocci i docati 666. 66. che credeva esigere dal padre suo debitore; comunque questa ignoranza non potesse presumersi per le testuali disposizioni della l. 10. *de rebus eor. qui sub tut. 7. ff. de senat. consult. Maced. 1. c. si major factus raturum habuerit*, potrebbe tutto al più ottenere dall' equità del Magistrato un atto di pruova, col peso a lui di provar l' ignoranza che allega, coll' obbligo a lui di allontanar quella scienza che la Legge presume in persona di D. Luigi Jacuzzi dacchè fatto maggiore rilasciò ampia quitanza al delegatario.

Che se abbiano interessato la vostra pietà le ingiuste querele del Sig. Jacuzzi, che dopo aversi incassato il prezzo de' fondi venduti reclama ora impudentemente i fondi medesimi una co' frutti in vece d' interessar la vostra giustizia il rispettosamente contegno del Sig. Tocci che dopo 30 an-

ni di possesso pacifico ricorre alla sola ancora della Legge per sostenere i suoi dritti, si ordini pur questa pruova alla quale vi autorizzano le LL. 4. c. *de juris et facti ignorantia* l. 15. c. *de fide instrument.* (1) per render più tranquilla

(1) La legge 4. C. *de jur. et fact. ign.* autorizza la pruova per potersi dimostrare se colui che ha eseguito espressamente o tacitamente il testamento avesse avuto oppur nò preventiva conoscenza del medesimo. *Osten- de igitur hoc apud correctorem virum clarissimum amicum nostrum, testamentum, vel fide veri deficere, vel juris ratione stare non posse: ut infirmata scriptura quae testamenti vice prolata est, solidam successionem obtineas.*

Ed è altronde noto che i legislatori di Roma dopo aver lungamente ondeggiato nell'ammettere o rigettare la pruova testimoniale, come risulta dalle leggi 4. 5. 10 a 20. ff. *de fide instrum.* 13. e 16. C. *de non num. pec.* 18. 21. 12. 13. 19. 25. 31. 34. 36. C. *de donat.* 1. ff. *de pignor. et hypoth.* 11. C. *qui potior: in pignor.* nonchè dalle novelle 50. 73. e 90; finalmente colla l. 15. C. *de fide instrum.* ch'è dell'Imperator Costantino prescissero che la pruova testimoniale aver dovesse l'istessa forza del pubblico Istrumento; e colla legge 14. *cod. de contrac. et com. stipulat.* che è dell'Imperator Giustiniano, si è deciso che la pruova testimoniale potesse vincere anche la pruova istrumentaria, menocchè nelle azioni che fondavano su di un chirografo, ed in altri pochi casi, nei quali richiedevasi indispensabilmente la pruova per iscritto, come nei casi contemplati colle leggi penultima C. *si min. se maior. dix.* 25. ff. *de prob.* 13 *de non num. pecun.* e 13. C. *de donat.*

Ove gli argomenti prodotti non fossero sufficienti per dimostrare che Luigi Jacuzzi avea piena conoscenza del fedecompresso di Antonio Moliterni e delle clausole in esso apposte, perchè negar la pruova scritturale e testimoniale per dimostrare una tal conoscenza? Se una tal pruova si ammettesse l'annuenza di Luigi Jacuzzi alle alienazioni fatte dal padre le renderebbe inattacabili, escludendo per sempre la petizion di eredità. In fatti la legge

la vostra coscienza, ed allor vi assicurerete che Jacuzzi ebbe piena scienza della vendita fatta dal padre nel 1799, 1804, e 1806, senza aver osato d'impugnarla per trarre profitto dalla buona fede de' compratori; che con piena scienza ricevé da Tocci la rata di prezzo di sua spettanza, convinto di non poter fare risorgere il fedecommesso di Moliterni già annientato e distrutto dalla Legge salutare del 15 Marzo 1807 per pretese controvenzioni a lui note sin dal 1804, e che non dedusse giammai in giudizio perchè sicuro di poter essere dal padre smentito; vi assicurerete infine che non Luigi Jacuzzi coperto di cenci, ma il suo potente cessionario frugò archivi, consultò Dottori, svolse processi e pergamene, fece sparire titoli per sostenere sotto il mentito nome di Jacuzzi quel preteso dritto, che ove venisse ammesso dalla vostra giustizia, servirebbe ad accrescere la sua opulenza.

§ 6. Nè fia men malagevole l'impresa di sostenere che la ratifica e la conferma esigono un atto scritto; ciò che manca nella specie. Noi anzi soggiungeremo che per la validità di una ratifica in forma dispositiva si richiedeva *ut enarrato toto tenore confirmati, adprobatur, recognoscitur, et confirmatur a potestatem habente*; non producendo effetto se non quando si fosse es-

120 ff. *de legat.* 1. §. 1. La legge 27. ff. *de legat.* 2. §. 27. La Novella 159. cap. 3., e più di tutte la legge 11. c. *de fideicom.*, dell'Imperator Gordiano, uniformemente decidono *quoties ab his qui alienatione facta ad fideicommissi petitionem adspirare possunt, venditio celebratur, aut quibusdam vendentibus, alii consenserint, contractus auctoritas convelli nequaquam potest.*

spresso, il vizio che darebbe luogo all'azione di nullità, e l'intenzione di volervi riparare: ma nella specie trattasi non di ratifica, ma di esecuzione volontaria, la quale suppone una volontà ferma di volersi uniformare all'atto che si vuole impugnare, come insegna Merlin sulla voce *testamento* § 18 (1).

In fatti, dice Toullier, quando l'esecuzione di un atto nullo è stata libera e volontaria, si opera assolutamente una rinunzia a' mezzi che si potrebbero opporre per impugnar l'atto, perlocchè nella legge 10. ff. *de reb. eor. qui sub tut.* e nell'art. 1265, e 1292: LL. CC. testualmente si consagra che quando il minore dopo la sua maggiore età ha volontariamente ricevuto o chiesto il prezzo del contratto, non potrà più intentare nè l'azione di nullità, nè l'azione di rescissione.

Or chi obbligava Luigi Jacuzzi di esigere dal prezzo de' fondi venduti a Tocci i docati 666. 66. per sua rata sulle doti materne? Chi obbligavalo a rilasciarne quietanza senza riserbarsi i dritti che a lui provenivano dal voluto fedecommeso di D. Antonio Moliterni? Chi vietavagli di adire sin d'allora il Magistrato per impugnar la vendita? La richiesta del pagamento, l'incasso della somma, la quitanza rilasciata, tutto fu l'effetto della sua libera e spontanea volontà, ed egli non potè non riconoscere, approvare, e volontariamente eseguire l'atto di vendita dacchè volontariamente ne ha esatto il prezzo.

(1) Vedi il Voet in digesto lib. 27. tit. 9. n. 14. Toullier tom. 8. n. 510. e 512. ; Grenier trattato delle donazioni n. 325. Merlin alla voce *testament* del suo repertorio §. 18.

E dopo tutto ciò si ardisce sostenere che non siasi rinunciato a' mezzi di rescissione che avrebbero potuto competere al Sig. Jacuzzi contro l'atto di vendita di cui or ne provoca la nullità? Forse ei non volle privarsi de' suoi pretesi dritti su' beni venduti a Tocci, allorchè n' esigeva il prezzo; ma la volontà della Legge vince la volontà di Jacuzzi, e la sua voce imperiosa gl' interdice l'esperimento di qualunque dritto su' beni venduti, se pur gliene competerebbe qualcuno, come deve interdirlglielo il Magistrato che della Legge è l'interprete e l'esecutore.

SULLA TERZA QUISTIONE

Res ardua, vetustis novitatem dare, novis auctoritatem, obsoletis nitorem, obscuris lucem, fastiditiis gratiam, dubiis fidem, omnibus vero naturam, et naturae sua omnia.

PLIN. AD VESPAS.

§ 7. Signori — Io dovrei cessare di compromettere ulteriormente la vostra sofferenza, forte come sono nel pieno convincimento che l'azione del Sig. Jacuzzi sul *triplice fine di non ricevere* da me or ora proposto, non possa essere ammesa in giudizio or che grazie a' lumi. del secolo sono stati atterrati i fedecommissi, che l'attore vorrebbe far risorgere a dispetto della Legge, e del voto universale della colta Europa.

Ma io difendo una Nipote che all' ombra tutelare del possesso pacifico de' fondi venduti al suocero, contrasse indissolubil nodo coll' unico suo figlio: io difendo la buona fede insidiata dall' astuzia di Sicofanti *qui alienis rebus fortunisque inhiantes personas litigatorum vexationibus*

affligere solent (1), e voi dovette degnarvi d'impartirmi tuttora la vostra benigna attenzione nell'analisi dell'interessante quistione proposta, e la di cui soluzione deciderà del destino degli acquisti fatti dal Signor Tocci.

Ormai è indubitato che una Legge precisa, cioè la Sentenza di Ulpiano espressa nel § 17. della Legge 25. ff. *de heredit. petit.* testualmente consacra che l'acquirente de' beni singolari vendutigli da un crede putativo è al coperto di ogni azion di revindica per parte del vero erede, quando anche non siasi compiuto il periodo della prescrizione; semprecchè egli abbia un regresso contro del venditore, perchè costui in grazia della sua buona fede non può ad altro esser tenuto, se non *in quantum locupletior factus est. Et puto* (son parole di Ulpiano nel § sopra citato) *posse res vindicari, nisi emptores regressum ad bonae fidei possessorem habent.*

Questa Legge testuale, comentata da Bartolo, Accursio, Brunemanno, Voet, Donello, Fachinco, Noodt, Vinnio, Paolo de Castro, Potliet *in pandectas Iustinianaeas*, ed altri di cui sarebbe interminabile il numero, non lasciò alcun dubbio della sua applicazione alle contrattazioni private, comunque gl'interpreti sieno stati tra loro discordi nel volerne penetrare lo spirito che aveala dettata, e comunque avessero creduto di scorgere un antinomia colla Legge 13. dello stesso titolo, che prevede il caso della vendita di una

(1) Espressioni dell'Imperatore Anastasio nella leg. 22. C. Mandati, per esprimere che i cessionari de' dritti litigiosi sono i sanguisughi delle altrui fortune.

eredità fatta dall'erede putativo. Se la Legge esiste, se chiari e precisi sono i suoi dettami, se non dubbia è la sua interpretazione, se l'applicazione non si è mai negata nell'antico Foro, le di cui norme debbonsi seguire nell'attuale contestazione, con qual dritto potrebbe Jacuzzi sostenere l'intentata azione di revindica contro Tocci? E qual Magistrato potrebbe accoglierla senza arrogarsi un potere arbitrario che a lui vieta l'autorità Sovrana da cui unicamente emanano i poteri di che egli è rivestito?

Ma poichè trattasi d'una quistione che ha richiamata l'attenzione di tutti gl'interpreti dell'antico e del nuovo dritto, poichè si pretende da qualche scrittore di non oscuro nome, che Ulpiano fosse in contraddizione con se stesso, che il Digesto fosse in contraddizione col Codice, che l'oscurità del testo arrestar ne dovesse l'applicazione; poichè infine tra gl'interpreti, quali ammiratori del Romano dritto, hanno sforzato persino il senso delle voci, per farne sparire i nei che si ravvisano in qualche testo degli antichi giureconsulti, quali altri interpretando grammaticalmente le parole della Legge, han trasandato l'*elemento istorico* che avrebbe potuto presentare la serie de' cangiamenti cui il dritto della petizione di eredità andò progressivamente soggetto d'al tempo della Repubblica fino al tempo degli Imperatori, e quasi nessuno si è giovato dell'*elemento filosofico* per determinare la giurisprudenza esegetica dell'antico dritto, mettendo in esatta armonia il senso morale col senso letterale delle diverse Leggi contenute nel Codice, nel Digesto, e negli Editti de' Pretori: memori che non è dato ad alcun genio di aprire e chiudere da se solo la

carriera della scienza (1); che il passato è sempre l'insegnamento dell'avvenire; che infine la scienza qual novella Babelle s'innalza in mezzo de' secoli e degli uomini che vengono gli uni dopo gli altri per aggiungere una qualche pietra alla costruzione del grande edificio della legislazione positiva (2); sia anche a noi concesso di studiare la quistione proposta nella natura, nell'istoria, e nella scienza: d'interrogar la giurisprudenza esegetica nella sua filosofia: di seguirla ne' suoi annali; di contemplarla ne' suoi dogmi, per poter così stabilire col soccorso della dottrina quale sia il vero senso della legge in disame, e qual dovesse esserne la sua applicazione alle contrattazioni sociali.

§ 8. L'istoria che non s'invoca giammai invano per illustrar le leggi (3), ci assicura che prima di Adriano esistevano vari editti dei Pretori, i quali contenevano delle disposizioni stacca-

(1) *Nulla est ars quæ singulari consumata sit ingenio.* Columella citato da Haubold, e Niebuhr nella prefazione della sua istoria Romana dice. *Il faut demander au passé savamment étudié, interroger sans passions, des leçons, pour l'avenir, car le passé est l'insegnement de l'avenir.*

(2) Il filosofo di Königsberg, l'immortale Kant nella sua opera intitolata Critica della ragion pura.

(3) Bisogna illustrar la storia colle leggi e le leggi colla storia, dicea il dotto Montesquieu Spirito delle leggi. Lo studio delle leggi non dee confondersi come spessissimo avviene colla pratica, poichè ben spesso nei secoli di barbarie, l'ignoranza, la credulità, la superstizione impediscono di distinguere il vero dal falso. La sola storia filosofica del dritto, facendoci conoscere il genio de' popoli, ci potrà far penetrare lo spirito delle loro istituzioni.

te sulla petizion dell' eredità, come rileviam dai frammenti di Cajo, di Ulpiano, e di Paolo, ma mancava un trattato completo (1) che determi-

(1) L' edace tempo, che colla sua onnipossente forza tutto logora, consuma, distrugge, annientisce, ci ha fatto mancare una raccolta completa de' diversi editti pubblicati da' Pretori prima di Adriano sulla petizion di eredità. Ecco intanto molti frammenti che si trovano menzionati nelle leggi raccolte nel corpo del digesto.

Nella leg. 62. ff. *de reg. jur.* nella leg. 24. ff. *de verb. signif.* 1. e 3. ff. *de heredit. petit.* 4. ff. *ut legat. et fideic. caus. caveat*, si fa menzione di vari editti degli antichi Pretori, comentati da Giuliano, Cajo, ed Ulpiano, co' quali si prescrive *hereditatem petiturum ex fideicommisso, vel eamdem ex fideicommisso possidentem legatariis legatorum servandorum causa cavere debet, eoque non cavente, hos in possessionem esse mittendos.*

Nella leg. 54. ff. *de hereditat. petit.* comentata da Giuliano si fa menzione di un altro editto, col quale si prescriveva, che la petizione diretta di eredità compete a colui, *cui vere delata est hereditas*; l' utile a colui *qui haereditatem vel totam vel pro parte a fisco mercatus est.*

Nelle leggi 9. 10. 11. 13. 14. 15. 45. ff. *de heredit. pet.* leg. 2. ff. *quorum bonorum* leg. 1. ff. *pro emptore* si fa menzione di altri editti comentati da Ulpiano, Cajo, Celso, e Paolo, coi quali si prescrive, che sia tenuto coll' azion di petizion di eredità *qui vel jus, vel rem hereditariam pro herede vel pro possessore possidet*; si spiega il possesso *pro herede* intendendosi per tale il possesso di chi *se putat heredem esse*, ed il possesso *pro possessore* che compete a colui che non ha titolo abile a trasferirgli il dominio, ma solo *possidet, quia possidet.* Altri editti sulla stessa materia vengon menzionati nella leg. 126. ff. *de regulis. juris.*

Nelle leg. 20 ff. *de hereditat. petit.* 18. 19. e 54. ff. *cod.* 24. ff. *de injuriis* 17. ff. *de pig.* si fa menzione di altri editti coi quali si designavano gli oggetti compresi nella petizion di eredità, cioè: 1. *res hereditarie tum jura tum corpora*, 2. *res quæ hereditatis cau-*

nasse i dritti e gli obblighi del possessore; di colui che voleva revindicare gli oggetti ereditari, e di colui che in buona o cattiva fede gli avesse distratti: che Adriano coll' editto perpetuo pubblicato nell' anno 131 dell' Era volgare in quattro titoli distinti (1) essendosi occupato *de hæ-*

sa erant comperatæ, uti mancipia, pecora, ita quæ pecunia hereditaria hæreditatis causa emptæ sunt.

Vedi ancora gli altri editti de' Pretori, i di cui frammenti si trovano menzionati nella leg. 1. ff. 4, e 2. ff. *si pars hereditatis petatur*, nella leg. 3. ff. *eodem*; nella leg. 1. 2. e 3. ff. *de fideicom. hereditat. petit.* nella leg. 2. ff. *de posses. hæreditat. petit.* Nella leg. 37. ff. *ad S. C. Trebellianum*. Leg. 40, e 42. ff. *eodem*, non che altri editti raccolti da Gerard Noodt, nel com. delle Pandette, e nei titoli *si pars hereditatis petatur*, *de possessoria hæreditatis petit: et de fideicomis. hereditatis. petit.*

È marcabile, che Giustiniano riuni nel digesto i frammenti di tali editti de' Pretori colle opinioni de' Giureconsulti, che li comentarono, unendovi eziandio i rescritti imperiali pubblicati molto tempo dopo, in modo che il soccorso della Cronologia potrà esser poco giovevole per conoscere la genesi, ed i diversi cangiamenti, che progressivamente subì il dritto sulla petizion dell' eredità.

(1) Ecco i quattro titoli dell' Editto perpetuo di Adriano sulla petizion di eredità, raccolti da Einnecio nel suo Comentario sull' editto suddetto tit. 32.

Si quis hæreditatem quam sibi obvenisse dicat, petet, ei adversus eum qui pro herede, prove possessore possidebit judicium dabo, ut restituatur. tit. 33.

Si pars hereditatis petatur, ei qui eam partem suam esse dicet, adversus eum qui pro hærede prove possessore possidebit, judicium dabo ut ea pro indiviso restituatur. Quandoque et incerta pars petatur, causa cognita judicium dabo. Tit. 34.

Cui ex Edicto meo bonorum possessio data erit, illi, si eam suam esse petet, adversus eum qui pro herede prove possessore possidebit judicium dabo, ut restituatur. Tit. 35.

reditat. petit, si pars haereditat petat, de possessoria haereditat. petit, de fideicommissa haereditat. petit; prescrisse che l'azion di petizion di eredità non potesse competere se non contro di chi possedesse *vel pro haerede*; *vel pro possessore*; che finalmente in occasione della morte di un certo Rustico (1), che col suo testamento avea invitato al godimento de' suoi beni *eos qui se haeredes existimabant*, avendo alcuni de' suoi pretesi eredi distratta una porzione de' beni ereditari pria che il Fisco avesse esperimentato il suo dritto di caducità che gli competevasi nell'inesistenza di eredi legittimi e testamen-

Si haereditatem petit is, cui ex Senatus-Consulto ea restituta erit adversus eum qui pro herede, prove possessore possidebit, judicium dabo, ut restitatur.

(1) È quistion tra gli storici per sapere chi fosse quel Rustico, che ha dato occasione al Senatus-Consulto di Adriano. Alcuni credono che fosse Giunio Aruleno Rustico filosofo storico precettore dell'Imperatore Marco Antonio, come abbiamo da Giunio Capitolino *in vita Marc. Anton. cap. 2*; che fu Console nell'anno 915. come ci attesta Grutero in *Inscrip.* pag. 181; che fu Prefetto della città, e quindi ucciso da Domiziano, come ci assicurano Svetonio nella vita di Domiziano cap. 10, Tacito nella vita di Agricola cap. 2, e Dione Cassio lib. 67. pag. 765.

Altri credono che fosse stato Giunio Maurico Rustico, che non lasciò figli, e dicui parla Plinio Epis. 2. cap. 18.

Che che ne sia di questa ricerca istorica, egli è certo che Rustico diede occasione a quel Senatus-Consulto di Adriano rapportato da Ulpiano nella leg. 20. ff. *de hered. petit.* per aver fatto quel testamento bizzarro, col quale chiamava al godimento de' suoi beni *eos qui se haeredes esse existimabant*, non avendo lasciati nè figli, nè eredi fino al terzo grado, ciò che avrebbe dato luogo al dritto di caducità in favore del fisco.

tari (1), Adriano propose al Senato che si fosse corretto l'antico dritto che prescrivea non potersi istituire l'azion di petizion di eredità contro colui che avea cessato di possedere, e propose tante altre misure per frenare l'avidità fiscale nelle successioni, ma il Senato emise un decreto non del tutto conforme alla proposta di Adriano, di cui esistono i frammenti nella leg. 20. ff. *de haereditat. petit.*

Tra i cinque articoli di quel S. C. vi è il seguente *eos autem qui justas causas habuissent, quare bona ad se pertinere existimassent, usque eo dumtaxat teneri, quo locupletiores ex ea re facti essent.*

Ulpiano che visse verso l'anno 193 dell'Era volgare trattando in un apposito titolo della petizion dell'eredità, contro chi competesse tale azione, e quali cose comprender potesse l'azione medesima, nelle leg. 2, 5, 6, 7, 8, 11, 12, e 13. ff. *de haereditat. petit.* senza nè citare nè prender norma dal S. C., espone la sua propria opinione e quella de' Giureconsulti che lo precederono (2) allorchè tratta della vendita dei be-

(1) Vedi Einnecio nel suo comment. sulla leg. Giulia, e Poppea pag. 385.

(2) Ecco le diverse opinioni de' Giureconsulti, menzionate da Ulpiano nel tit. *de haereditat. petit.*

Nella leg. 13. si rapporta l'opinione di Nerazio, il quale opina che l'erede potesse domandar l'eredità *etiamsi ignoret pro herede, vel pro possessore defunctum possedissee*; l'opinione di Cajo Cassio, il quale credeva *dandam utilem actionem ad emptorem si venditor non extat, vel modico vendidit, et bonae fidei possessor fuit*; l'opinione di Marcello il quale insegna, che se la donna ha portato in dote al marito un'eredità, che

ni ereditari fatta da colui che n'era possessor di buona fede, e quindi nel § 4 della legge 13 propone e risolve il seguente quesito. *Quid si quis hæreditatem emerit, an utilis in eum petitio hæreditatis debuit dari ne singulis judiciis*

credeva essere sua, la moglie è tenuta coll'azion diretta di petizion di eredità, il marito coll'azion utile, *maxime si divortium factum sit*; finalmente l'opinione di Celso il quale insegna, che se colui che non possiede i beni ereditari *oblulit se petitioni, ex dolo teneri, dolo enim facere eum qui se offert petitioni*.

Nella leg. 11. si fa menzione dell'opinione di Adrianò, e di Proculo, i quali insegnano *teneri petitioni etiam is qui scit se heredem non esse, et pro hærede possideat*. Nella leg. 16. si fa menzione dell'opinione di Ottaviano, e Pomponio, i quali insegnano, che il debitore *in diem, o sub conditione*, non possa esser condannato al pagamento ad istanza di colui a quo *petita est hereditas* perchè *rei plane judicatis tempus spectundus est*; l'opinione di Celso, e di Giuliano, i quali insegnano *peti hæreditatem posse ab eo qui hereditaria negotia gessit*.

Nella leg. 25 si fa menzione dell'opinione di Marco, il quale interrogato sul conto di un tal Pittodoro, che avea consumato in spese di lusso porzione di un'eredità, che credeva di appartenergli, rispose, che le spese fatte da Pittodoro senza idea di diminuire l'eredità posseduta, dovessero gravitare parte sul patrimonio di Pittodoro, e parte sull'eredità *ex proprio Pittodori patrimonio, et ex hereditate decederent, non tantum ex hæreditate*; l'opinione di Giuliano il quale insegna che se il possessor dell'eredità *id quod a debitoribus exigit, petitori hereditatis solvit, liberari debitores*.

Finalmente nella leg. 40 dello stesso titolo si rapportano le opinioni di Proculo, e di Cassio, i quali erano in contraddizione tra loro, non che quella di Paolo, la quale viene da Ulpiano abbracciata. In fatti Proculo era di avviso che se dopo l'istituzione del giudizio di petizion di eredità, e pria della sentenza gli oggetti ereditari fossero periti pria di restituirsi al vero erede, il possessore dovesse indennizzarlo. Cassio era dell'avviso contrario.

vexaretur? Venditorem enim teneri certum est: sed finge non extare venditorem, vel modico vendidisse, et bonae fidei possessorem fecisse: an porrigi manus ad emptorem debeant? Et putat C. Cassius dandam utilem actionem.

Nella legge 20. ff. dello stesso titolo, Ulpiano che fino allora si era limitato a trattar la materia esponendo solamente l'opinione sua e de' G. C. suoi antecessori, non che alcuni Rescritti d'Imperatori che vissero in tempi diversi (1), riporta per intero i frammenti del S. C. proponendosi d'interpretarlo partitamente: *aptanda est*

Paolo facendo distinzione tra possessore di buona, o di cattiva fede dice in *praedonis persona Proculus recte existimat, in bonae fidei possessoribus Cassius.*

Nello stesso titolo Ulpiano rapporta altri Rescritti d'Imperatori che vissero in tempi diversi. Così nella leg. 5. ff. dello stesso titolo si rapporta un Rescritto di Divo Pio, col quale si prescrive *prohibendum possessorem hereditatis, de qua controversia erit antequam lis incoharetur, aliquid ex ea distrahere; nisi maluerit pro omni quantitate hereditatis, vel rerum ejus restitutione satis dare*; altro Rescritto di Adriano a Trebbio Sargiano, col quale si prescrive *ut Lelius Asiaticus daret satis de hereditate quae ab eo petitur, et sic falsum dicat.*

Nella leg. 7. dello stesso titolo si rapporta un Rescritto di Trajano, il quale ordina *deferendum de libertate judicium, donec de inoficioso judicium aut inducatur, aut finem accipiat*, e così in altre leggi del titolo istesso che per brevità si tralasciano.

(1) *Præter haec* (dice Ulpiano nel §. 6. della legge 2. sopracitata) *multa reperimus tractata de petit. hered., de distractis rebus hereditariis, de dolo praeterito, et de fructibus*, intendendo parlare delle opinioni di Ottaviano, Pomponio, Giuliano, Celso, Marcello, Cassio, ed altri delle di cui sentenze erasi egli giovato nel trattar la materia della petizione dell'eredità nelle leggi precedenti.

igitur nobis singulis verbis S. C. congruens interpretatio, e nel far ciò comunque non avesse obliato l'opinion privata de' G. C., uniformandosi non pertanto allo spirito del S. C. ch' era la legge imperante, opina che l'erede putativo venditor della eredità creduta sua non era mai ad altro tenuto se non *in quantum locupletior factus esset*, giacchè egli non dubita che il S. C. quantunque decretato negli interessi del fisco, fosse stato reso comune alle controversie tra privati (1).

Nella legge 22 ff. dello stesso titolo, il giureconsulto Paolo rapporta un brano del progetto di legge che l'Imperatore Adriano aveva fatto al Senato, col quale si pretendeva obbligarsi il venditore a restituire il prezzo ch' era succeduto alla cosa, e ch' era divenuto ereditario *quodammodo ipsum haereditarium factum*; ma Paolo stesso ci assicura che il Senato senza tener conto della proposta dell'Imperatore decretò che il venditore di buona fede fosse soltanto tenuto *in quantum locupletior factus esset*, e l'istesso c' insegna Ulpiano alla legge 23 dello stesso titolo, nella quale continuando egli ad interpretare il S. C. assolve il venditor di buona fede anche dell'abuso che ne avesse fatto del prezzo ritratto dalla vendita (2).

(1) *In privatorum quoque petitionibus Senatus Consultum locum habere nemo est qui ambigit; licet in publica causa factum est. §. 9. leggi citate.*

(2) *Utrum autem omne pretium restituere debebit bonae fidei possessor: an vero ita demum si factus sit locupletior, videndum: finge pretium acceptum vel perdidisse, vel consumpsisse, vel donasse:*

Infine nella legge 15 ff. dello stesso titolo continuando Ulpiano a trattare de' dritti del vero erede i di cui beni fossero stati venduti dall'erede putativo, possessor di buona fede, nel § 17. si esprime ne' seguenti termini; *Item si rem distraxit bonae fidei possessor, nec pretio factus sit locupletior, an singulas res, si nondum usucaptae sint vindicare petitor ab emptore possit, Et si vindicet, an exceptione non repellatur quod praejudicium haereditati non fiat inter actorem et eum qui venundedit; quia non videtur venire in petitionem haereditatis pretium earum. quamquam victi emptores reversuri sunt ad eum qui distraxit? Et puto posse res vindicari nisi emptores regressum ad bonae fidei possessorem habent. Quid tamen si is qui vendidit paratus sit ita defendere haereditatem, ut perinde, atque si possideret conveniatur? Incipit. exceptio locum habere ex persona emptorum (certe) si minori pretio res venierint, et pretium quodcumque illud actor sit consecutus, multa magis poterit dici exceptione eum summoveri. Nam et si id quod a debitoribus exigit possessor, petitori haereditatis solvit, liberari debitores Julianus lib. 4. digestorum scribit, sive bonae fidei possessor, sive praedio fuit, qui debitum ab iis exegerat, ipso jure eos liberari.*

Come ognun vede in questo paragrafo Ul-

et verbum quidem pervenisse ambiguum est; solumne hoc contineret quod prima ratione fuerit, an vero et id quod durat? et puto sequentem clausulam. Senatus Consultum et si haec sit ambigua, ut ita demum computet si factus sit locupletior.

piano prevede il caso che l'erede putativo venditore di buona fede dell'eredità non si fosse arricchito del prezzo *pretio non factus sit locupletior*, e quindi propone la quistione se in tal caso il vero erede revindicar potesse i singolari cespiti venduti pria di compiersi il periodo della prescrizione? Ei risponde di sì, se il compratore rinunziato avesse all'azion di regresso contro del venditore. *Et puto posse res vindicari, nisi emptores regressum ad bonae fidei possessorem habent.*

Che se il compratore avesse rinunziato al regresso, o se il venditore *ita paratus sit defendere haereditatem ut per inde, atque si consideret conveniatur*, nell'uno e nell'altro caso Ulpiano accorda al vero erede l'azion di revindica, ma il compratore poteva opporre l'eccezione pregiudiziale, *ne praejudicium haereditati fiat inter actorem et eum qui venumdedit* (1), ed il venditore che si era offerto spontaneamente a difender l'eredità potea respingere definitivamente l'azion di revindica contro di lui intentata, dimostrando di aver versato al revindicante il prezzo ritratto dalla vendita, perchè allora il revindicante avea tacitamente confermata e ratificata la

(1) Questa eccezione dovea esser discussa dal Tribunale dei Centumviri, esclusivamente competente a giudicare della quistione insorta tra un erede vero ed un erede putativo sulla spettanza dell'eredità, come abbiamo dalla l. 1 ff. *fam. erisc.* 17. ff. *de inoff. testam.* 30. ff. *de libert. Legat.* Vedi Cujacio 10. osservazione 1. e 20, e Plinio 6. Epis. 5. primacchè Giustiniano avesse abolita tanto l'eccezione *ne praejudicium hereditati fiat*, che l'autorità centumvirale colla leg. 12. *cod. de petit heredit.*

alienazione fatta giusta l'autorità di Giuliano nel libro 4 del ff. (1).

Comunque oscura questa legge, sia pel difetto generale della compilazione Giustiniana, sia per la non accurata conoscenza della lingua e del dritto pubblico di quei tempi, sia per la confusione delle parole, e per la mancanza di ordine de' periodi che la compongono, e comunque difficilissimo ne fosse il senso per coloro che trasandar volessero *l'elemento storico* che ci offre il S. C. riportato nella legge 20 dello stesso titolo, non pertanto tutti gl'interpreti, tutt'i comentatori, tutt'i dottori dell'antico dritto convengono nel negare al vero erede l'azion di revindica contro del compratore, quando questi avesse un regresso contro del venditore, ma la maggior parte di essi crede di ravvisare un antinomia tra ciò che Ulpiano insegna in questa legge, e quel che avea insegnato nella l. 13 § 4. 1.° Perchè l'espressioni *an porrigi manus ad emptorem debeant*, furono interpretate nel senso » se possano stendersi le mani contra del compratore. » 2.° Perchè confusero l'opinione di C. Cassio ch'era morto più di mezzo secolo pria di Ulpiano (2) colla legge imperante racchiusa nel S. C.

(1) E propriamente nella leg. 31. dello stesso titolo *de haeredit. petit.* che Ulpiano trascrive in sostegno della sua opinione.

(2) Cajo Cassio visse dall'anno 14. sino all'anno 69. dell'era volgare, cioè da Tiberio fino a Vespasiano, mentre Ulpiano visse dall'anno 193 al 300 dell'era volgare, cioè da Severo ai due Gordiani.

Il Senatus-Consulto poi ha dovuto essere pubblicato verso l'anno 140, perchè Adriano che propose la legge, visse dall'anno 100 all'anno 200; fu proclamato

che Ulpiano riporta comentata nella legge 20 e 25, come legge in vigore a tempi suoi.

Noi ci facciam lecito di passare in rassegna le differenti opinioni degli antichi e de' moderni scrittori, e quindi malgrado l'incertezza del proprio giudizio, e la diffidenza delle proprie forze, ci permettiamo di sottomettere alla vostra saggezza, ed alla estensione de' vostri lumi l'opinione propria, persuasi che se da una banda in materia di giustizia ogni transazione, ogni riguardo, ogni ambiguità son da evitarsi come mali infesti al vivere sociale, d'altra parte ogni uomo istruito dai lumi di quei che lo precedettero ha il sacrosanto dovere di trasmettere il deposito della scienza a' suoi discendenti, aumentato dalla propria riflessione.

Ulrico Ubero che ha scritto una lunga apologia del dritto Romano, l'*Eunomia*, non ha il ritegno di asserire, che la conciliazione delle due leggi 13 e 25 ff. *de haereditat. petit.* sia disperata (1).

Il Brunemanno cerca di giustificare le due leggi colla differenza tra la vendita dell'intera eredità, e la vendita di cose singolari. Nella prima, egli dice, non è dato regresso al compratore *de singulis rebus evictis* per la l. 1. c. *de evict.* mentre è accordato nella seconda (2). Ma

Imperatore nell'anno 117; pubblicò l'Editto perpetuo nell'anno 131.

(1) Vedi Ubero lib. 5. tit. 3. §. 14. a 19.

(2) Vedi Brunemanno in *pandectas* tit. 3., lib. 5.

Ma appunto perchè l'evizione non è di cose singolari, ma dell'intera eredità, perciò il regresso dovea aver luogo per l'istessa legge citata da Brunemanno, non che per le leggi 2. 8. 13. ff. *de hered. act. vendit.*

poi egli conchiude *non posse haeredem rem illam ab emptore nondum usucaptam repetere rei vindicatione*, si emptor regressum habeat contra venditorem qui erat possessor haereditatis: nam sic possessor teneretur plus praestare quam in quantum locupletior factus est.

Il Voet in pandectas L. 5. tit. 3. n. 18. dice: *si possessor bonae fidei necessitate vel voluntate libera rem vendiderit ante litem contestatam, de pretio non in solidum teneretur, sed tantum eatenus quatenus inde locupletior factus est, eo modo quo in ipsis rebus haereditariis consumptis obtinet. Neque hoc casu liberum est haeredi emptorem efficaci convenire rei vindicatione, in quantum emptor conventus se se ex persona venditoris tueri poterit; ne alioquin re evicta, emptor de evictione adversus venditorem experiatur, et ita contingat bonae fidei possessorem, effectu inspecto in plus teneri quam quatenus locupletior factus est.*

Ma lo stesso Voet non riconosce meno che quando si tratta della vendita di una intera eredità fatta dal possessor di buona fede, il compratore può essere evitto tanto in linea di semplice revindicazione, che colla petizion utile della eredità. *Plane si quis emptionis titulo non res haereditarias sed jus haereditarium sibi comparaverit, aut dotis titulo jus illud ei ab uxore aut pro uxore collatum sit, adversus eum tanquam vicem haeredis gerentem, aut saltem non longe ab eo diversum, vel utilis haereditatis petitio vel specialis rei vindicatio datur arbitrio actoris l. 13. § 4, 9, e 10 ff. de haereditat. petit.*

Accursio comentando la legge 25 dice: *et*

hoc est verum emptorem conveniri posse, nisi habeat regressum contra eum qui bona fide distraxit, ed egli cita la legge 91 ff. *de verb. obligat.* e la l. 128 ff. *de regulis juris* (1).

Donello l. 19 cap. 12. del suo comentario n. 6, e 22, esaminando la l. 25 ff. *de haereditat. petit.*, dice » che contra il compratore » dell'eredità compete l'azione utile ed indiretta » di petizion di eredità contra colui *qui res » haereditarias emit*, e contro chiunque altro » possessore di beni ereditari, acquistati con giusto titolo, e ciò perchè *emptor haereditatis » pro possessore non possidet, quia justam » causam possessionis suae allegat emptione » nec possidet pro haerede*, quando pure comprato avesse i beni ereditari dall'erede vero. » Tale azion utile però egli vuole non potersi sperimentare contra il compratore se non *sub conditione si non expediat petitori haereditatem a venditore peti, seu si res aliter a venditore salva esse non possit*. Spiegando poi l'applicazione di tal condizione soggiunge, che contro del venditore compete un'azione diretta, perchè o egli possedeva nella scienza di non essere erede, ed avendo venduto la eredità *dolo deessit possidere*. O egli in buona fede possiede, ed in buona fede ne ha fatto la vendita, ed in tal caso è tenuto coll'azion diretta, o a restituire il prezzo conseguito, o l'azione a ripeterlo; ma se il ven-

(1) La prima di dette leggi si esprime così: *dum quæritur de damno, et par utriusque causa sit, quare non potentior sit qui teneat quam qui persequitur?* L'altra legge 128 ff. *de reg. jur.* dice *in pari causa possessor potior haberi debet*.

ditore abest et incertum est quando redeat vel quia praesens non est solvendo; vel quia modico distraxit, et bonae fidei possessor est, eiusmodi possessores non tenerentur ultra quam locupletiores facti sint. Atque his casibus omnibus porrigentur manus ad emptorem, ut loquitur Ulpianus in dicta l. 25 tit. idest his casibus omissio venditore haereditatis pervenietur ad emptorem quem utili petitione haereditatis teneri diximus.

Vinnio nelle sue *partitiones juris* cap. 33. lib. 3. dice, *ante litem contestatam eatenus saltem bonae fidei possessor tenetur in hoc rerum genere, quatenus locupletior factus est, locupletior autem factus tribus modis intelligitur, si res haereditarias aduc possideat, si quid ex haereditate, aut occasione haereditatis consequutus, in res suas convertit; si ipse non sit factus pauperior ob res ex haereditate sumptas.*

Cujacio comentando il Digesto nel tomo 7. l. 5. tit. 3. de *petit. haered.* dice, *in summa hac actione (petitione haereditatis) tenetur tantum qui pro haerede, vel pro possessore possidet: qui possidet pro legato vel pro emptore, pro donato, pro dote, vel alio titulo non tenetur actione hac l. pen. c. in quibus caussis ces. long. tem. praescript. Ratio est quia hac actione tenetur tantum is qui de haereditate controversatur. Ergo qui possidet ut haeres non qui possidet ut emptor, vel ut donatarius vel ut legatarius.*

Gerardo Noodt nel l. 5. tit. 3.º del Digesto interpretando il 3.º capitolo del S. C. di Adriano non trova ragione di dubitare che il pos-

sessore di mala fede fosse tenuto a tutt' i danni-interessi verso del vero erede, sia che avesse distratto l' eredità prima o dopo la contestazione della lite, ma che il possessor di buona fede se l' avesse distratta pria della lite contestata, dovesse esser tenuto solamente *in quantum locupletior factus est*, laddove se l' avesse distratta dopo la lite contestata, dovesse correre la sorte dei possessori di mala fede.

Samuele Coccei tit. 1. par. 1. lib. 5. tit. 3. Quaest. X. pag. 431. propone la quistione *an successor singularis ejus qui pro haerede possidet, hac actione teneatur?* E risponde negativamente, perchè *haereditatis petitio quidem datur contra eum qui pro haerede vel possessore possidet* l. 9. ff. l. 7. c. 4. *ejusque haeredem, quippe qui factum defuncti praestat* l. 13, §. 3. e 11. 4. *at non contra ejus successorem singularem, qui bona fide rem ab eodem emit*, l. 13. §. 8. 4. *cessat enim allegata ratio*; riporta quindi l' eccezione *si haeredi agenti res aliter salva esse non possit, aut ei contra alienantem agere, forte quod absens sit, aut modico pretio emerit*; *nam priori casu in subsidium, hoc casu ex aequitate utili actione conveniri possunt successores singulares* l. 13. §. 4. Treutl. 4. §. 4. *ibique Covarr. praet: quaest. 12. Fachinei 1. Contr. 4. ubi dissentiunt doctores.*

Bartolo dice che il §. 17. della l. 25. ff. *de haereditat. petit. difficilis est*, ma poi spiegando la sua opinione soggiunge, *emptor potest uti exceptione ex persona venditoris, ne bonae fidei possessor teneatur ultra quam factus sit locupletior*,

Paolo de Castro nel suo comentario sopra questo testo dice, *iste paragraphus reputatur valde difficilis, secundum Bartolum; Mihi tamen videtur quod difficultas procedit ex confusione verborum tam glosarum, quam ipsius in positione casus. Sed re vera, de se videtur clarus.*

Il Fachineo *controver: juris lib. 1. cap. V.* dopo aver riportato le opposte e contraddittorie sentenze dice, *alii vero docuerunt, eum teneri petitione haereditatis, qui titulum consecutus est ab eo qui conveniri ea actione poterat, si lite pendente titulum consecutus fuerit, alia secus.*

Solidius mihi videtur hoc argumentum, quam contrariae sententiae, ex ea regula desumptae, successorem melioris conditionis esse non posse, quam authorem, ut in l. si mulier, ult. §. ff. 1. ad Sen. Consul. Vellejan.

Il Fabro trova inconciliabile la l. 13. colla l. 25, per cui non fidandosi di risolvere il nodo, si è appigliato al partito di reciderlo, come fece Alessandro del nodo Gordiano. Quindi egli interpretando il §. 17. della l. 25. sostiene che il testo di Ulpiano sia stato alterato ed interpolato sostituendo alla voce *nisi* la voce *et si*. Ma lo stesso Fabro vinto dalla forza della verità, nell'opera istessa poche pagine avanti comentando la l. 16. §. ult. ff. *de haereditat petit*, dice. *Plane cum res exstant, tanto justius est non ad aliud teneri eum qui fideicommissum restituit, quam ut praestet actiones, cum possit verus haeres habere singularum rerum vindicationem, per quam utique ipsius indemnitati cumulatissime possit esse consulendum,*

sed hoc ipsum tamen intellige si non sit habiturus emptor regressum contra eum qui bona fide distraxit. ex l. 25. §. 17. infra . . . ut bene Accursius notat.

Il Tedesco Groenewengen, nel suo trattato *de legibus abrogatis*, adotta senza esitazione la prima opinione di Fabro, per cui insegna *ideoque puto res vindicari posse, licet emptores ad bonae fidei possessorem regressum habeant*; ma il Brunemann insorgendo acutamente contro l'opinione di Groenewengen, la combatte gagliardamente, facendo una distinzione che non è nella legge, tra l'acquirente di beni singolari, e l'acquirente della intera eredità, esprimendosi ne' seguenti termini. *Sed decisionem hanc tractat Groenewengen, et vult jure conveniri rem illam vindicari posse, licet regressum emptor habeat, idque probat ex lege 13. §. 4. 4. tit., sed ibi agitur de emptore haereditatis qui de singulis rebus evictis non habet regressum per legem 1. C. de evict. et sic ex contraria juris sententia sequeretur bonae fidei possessorem etiam in id teneri ex quo non est factus locupletior.*

In fine Pothier in *pandectas Justinianeas* l. V. tit. 3. art. 2. §. 2. dice *praeter eos qui tenerentur petitione haereditatis directa, sunt et aliae personae adversus quas haec actio saltem utilis datur. Tales sunt hi qui haereditatem sibi venditam, aut in dotem datam, aliove simili titulo comparatam, licet singolari, universitatem tamen, possident.*

Quindi soggiunge, *ad hanc actionem utilem recurrendum esse quum quis bona fide emit alienam haereditatem, indubitatum est.*

§. 9. Fin quì gl' interpreti dell' antico dritto nelle mani de' quali l' espressioni semplici, chiare, precise del S. C. di Adriano sono state con arbitrarie interpretazioni in diverse parti ed in diverso modo estese, limitate, modificate, combattute, e da non pochi con arroganza insoffribile annientate e distrutte.

Vediam ora cosa abbian opinato gl' interpreti del dritto nuovo sull' interessante quistione che forma l' oggetto delle nostre ricerche, e qual sia l' autorità della novella giurisprudenza de' Tribunali di Europa che secondo il linguaggio di D' Aguesseau è *la stessa legge parlante*.

Merlin, il di cui solo nome riscuote il rispetto e l' ammirazione di tutt' i Giureconsulti, e di tutt' i Tribunali di Europa, nel suo repertorio alla voce Successione. Sez. 1. §. 5. n. 2. dice. » Nel concorso di più parenti di differenti gradi, il più lontano che ha accettato, » tratta valevolmente coi terzi, ed il più vicino » che viene ad escluderlo in seguito, non può » dispensarsi di ritenere ciò ch' egli ha fatto. Astenendosi da una successione (dice Stovard *Dictionnaire de droit normand*, alla parola *héritier*), » l'erede che la legge ritiene, non vi rinuncia, » ma egli dà luogo a colui che dopo di esso è » in dritto di succedere, ad amministrarla; or » se egli fa male la sua amministrazione, è deso » so il solo oggetto delle persecuzioni dell'erede » presuntivo pe' danni ed interessi, ma i terzi che » non hanno avuto interesse, e che non hanno » spesso avuto il potere di conoscere se quello che » reggeva la successione era semplice amministratore, o vero erede, non debbono essere riparatori del torto, che l' assente ha sofferto;

» la loro buona fede dee rendere irrettrabili gli
 » atti che essi han fatto con quello che aveva
 » in apparenza la facoltà di farli. Questa dot-
 » trina è uniforme a due arresti de' parlamen-
 » ti di Rovera e di Parigi, ch' egli (Merlin)
 » riporta. La stessa cosa era stata giudicata pre-
 » cedentemente alle medesime Corti con uno ar-
 » resto che cita Cocchin Tom. 4. pag. 326., e
 » lo è stato ancora dappoi nella Corte di Cas-
 » sazione. L' istesso insegna Lebrun nel suo trat-
 » tato delle successioni lib. 3. cap. 4.

Publicato appena questo volume di Mer-
 lin, il Signor Toullier insorse a combattere le teo-
 rie dal medesimo professate, e con molti argo-
 menti nel tom. 4. del suo corso di dritto civi-
 le, n. 287. a 289. si sforza a dimostrare *che*
il principio della validità degli atti fatti dal-
l'erede putativo è restrittivamente applicabile
agli atti di amministrazione, non mai agli
atti di vendita.

Merlin intanto nella prima edizione delle
 sue quistioni di dritto alla voce *Héritier* persi-
 stendo sempre nella sua opinione ha sviluppato
 viemmeglio la stessa dottrina ch'è stata abbrac-
 ciata dalla Corte di Appello di Caen con Deci-
 sione de' 21. Febbraio 1814., e dalla Corte di
 Cassazione di Parigi con arresto de' 30. Agosto
 1815. Ma malgrado la forza degli argomenti svi-
 luppati dalle Corti Sovrane e lumeggiati dall'
 eloquenza inimitabile del Signor Merlin, il Sig.
 Toullier nel tom. 7. num. 31. a 35. scende nuo-
 vamente all' arena per combattere non meno Mer-
 lin, che le due Corti Sovrane che avean fatto
 plauso a' suoi principi; perlocchè Merlin nella se-
 conda edizione delle sue quistioni di dritto alla

voce *Héritier* si vide nell' obbligo di confutarlo, combattendo particolarmente tutte le sue ragioni. La polemica ebbe fine con una dissertazione che Toullier fece inscrivere al tom. 12. del Corso di Dritto.

Dall' acce disputa sostenuta da questi due corifei della nuova giurisprudenza, appare che Merlin fa distinzione tra la vendita di una intera eredità, e quella di oggetti particolari. L'espressioni usate da Ulpiano nel principio del §. 4. della leg. 13. ff. *de haereditat. petit. si quis haereditatem emerit* Merlin l'interpeta nel senso *se siasi venduta l'intera eredità*, e l'espressioni susseguenti *an porrigi manus ad emptorem debeant* l'interpeta nel senso che Ulpiano sull'autorità di Cajo Cassio accordar volesse al vero erede un' azione di petizione di eredità utile ed indiretta contro del compratore.

Nell' interpretare poi il §. 17. della l. 25 dello stesso titolo, Merlin facendo sempre distinzione tra vendita dell' intera eredità, e vendita di oggetti singolari, insegna che contro il venditore della eredità può accordarsi l'azione utile per obbligarlo *ad id in quantum locupletior factus est* se è in buona fede, ma che il venditore di oggetti singolari non possa essere a nulla tenuto, e che quindi il compratore non può esser molestato coll' azione di revindica *si regressum ad venditorem habeat*. Ed egli ne dà per ragione « Per quanto favorevole possa essere a » motivo della sua buona fede il possessore » della eredità che l' ha venduta, non si può dis- » simulare che non sia interamente esente da » rimproveri. Perciocchè in vendendo l' eredità » egli ha messo un' estraneo nella confidenza di

» tutto ciò che vi si trovava di più segreto; e
 » con ciò egli ha tradito in certo modo la con-
 » fidenza di cui credeva di buona fede che il
 » defunto l'avesse onorato, sia instituendolo ere-
 » de con un testamento difettoso il di cui vizio
 » sia stato, pel corso di qualche tempo, coverto
 » dal silenzio dell'erede ab intestato, sia non
 » istituendo, in suo pregiudizio, un altro erede
 » che lui. »

Toullier per l'opposto crede che il parente del grado più lontano, il quale si metta in possesso della eredità in assenza del parente più prossimo non è erede che *sub conditione*. Egli si trova nel caso di un acquirente di buona fede il quale abbia comprato dal *non domino*, e che per tal ragione è proprietario soggetto alla condizione legale di restituire i beni acquistati all'antico proprietario, quantevolte costui li reclama innanzi che trascorra il tempo fissato per la prescrizione.

Analizzando poi il dritto Romano, Toullier crede, che per la Legge 54 ff. *de regulis juris* niuno possa ad altri trasmettere maggiori dritti di quelli ch'egli possiede, e giusta la l. 2. h. tit. il proprietario non può perdere il suo dritto di proprietà altrimenti che pel suo proprio fatto, che per la l. 3 c. *comm. de legat.* la vendita fatta dall'erede de' beni legati pria che i legatari si presentino per domandar l'assegnamento, è nulla; che in fine per la l. 4. tit. 18 ff. *de haereditate vendita*, colui che avesse venduta un' eredità che credeva di appartenergli dovea garentire il compratore in caso di evizione. E passando più particolarmente ad analizzare l'opinione di Ulpiano sulla l. 17 ff. *de haeredit.*

petit. egli crede che l'opinione di un tal Giureconsulto « è così rilasciata, e così poco ragionevole, così favorevole a' prodighi, agli amici del giuoco, del fasto e della baratteria, che fu rigettata e riprovata in Roma dagl' Imperatori Antonino e Giuliano compiler dell' Editto perpetuo. »

Rogron trattando degli effetti della vendita fatta in buona fede della cosa altrui comentando l'articolo 1193 dice « L'articolo deve essere rigorosamente ristretto al caso in cui quello che ha dato l'immobile, credendosi debitore, ne era realmente proprietario. E quindi se un erede testamentario, nell'ignoranza di un secondo testamento che revocava il legato di un immobile, lo avesse già dato al legatario, e questi lo avesse venduto, non potrebbe ripetere che il prezzo, senza poter rivendicare il fondo dal compratore. »

Dalloz nel tom. 12 pag. 555, alla voce *vendita e permuta* articolo 7 si esprime così » L'erede il cui fondo fosse stato venduto dal suo autore può mai evincerne il compratore? Se il compratore sapeva che il fondo non apparteneva al venditore, la vendita essendo talmente nulla che neanche darebbe luogo ai danni - interessi contro il venditore, nè contro il suo erede, costui può esercitare la revindicazione anche dopo la tradizione fatta al compratore. Se al contrario quest'ultimo abbia comprato di buona fede, si fa la seguente distinzione: o l'immobile è stato consegnato, ed in tal caso l'azione può essere esclusa per mezzo di eccezione sino alla concorrenza della porzione ereditaria dell'attore; o l'immobile non

» è stato conseguito, ed in tal caso l'erede non è
 » tenuto alla tradizione, ma soltanto a pagare
 » i danni - interessi come lo sarebbe stato il
 » suo autore. »

Magliano e Carillo nel tom. 5. pag. 197
 sul commento all' articolo 1444 sostengono » Che
 » se la vendita fu fatta da un erede apparente,
 » l' erede vero che poscia si presenti non potrà
 » molestare l' acquistatore di buona fede, non
 » ostante che lo stadio della prescrizione non sia
 » ancora compiuto. Per l' erede apparente non
 » può dirsi di aver alienato la cosa altrui, poi-
 » chè dispose di un fondo proprio dell' eredità
 » che rappresentava come investito della qualità
 » di erede, pria di ogni dimanda di eredità con-
 » tro di lui fatta da' più propinqui congiunti.
 » Altronde ingiusto sarebbe allegare, che nell'
 » incertezza dell' esistenza di un congiunto più
 » prossimo, o se questo si sarebbe astenuto dal-
 » la successione, l' erede apparente non possa
 » disporre de' beni che in tal qualità possiede,
 » se non allo spirare de' lunghi termini stabiliti
 » per la prescrizione. Oltre che l' erede vero ben-
 » chè investito dal defunto non diviene propria-
 » mente proprietario che mediante l' accettazione.

» Quando il compratore non ignora che la
 » cosa di cui gli si fa vendita non appartiene
 » al venditore, ha dritto soltanto alla restituzio-
 » ne del prezzo, nè potrà dimandare danni ed
 » interessi; avrà però azione per l' uno o per
 » gli altri, s' era ignorante de' vizi del suo a-
 » cquisto. Tale è il senso preciso del nostro ar-
 » ticolo.

» Quindi comentando l' articolo 652 sog-
 » giungono.

» Le alienazioni fatte dall' indegno impos-
 » sessatosi dell' eredità son valide in prò degli
 » acquirenti di buona fede. Egli è vero che l'
 » indegno è escluso dall' eredità come la no-
 » stra legge si spiega; ma è erede se non vi ha
 » chi l' esclude.

» Il Maleville aggiunge che tali alienazioni
 » siano valide fino a che non avvenga la dichia-
 » razione d' indegnità, nel che vien seguito dal
 » Merlin. Ma gli autori delle Pandette Francesi
 » all' opposto sostengono, che siffatte alienazioni
 » siano rivocabili, come il di lui dritto, oltre
 » del quale maggior ragione nell' acquirente tra-
 » smettere non poteva. Essi però confondono le
 » alienazioni fatte della roba altrui da che non
 » è padrone, con quelle de' beni ereditari che
 » colui faccia il quale in qualità di erede pos-
 » siede l' eredità; essendo erede stimato pria che
 » l' eredità non perda. In questo caso secondo
 » il dritto Romano chi possiede com' erede giu-
 » stamente vende, siccome i crediti ereditari giu-
 » stamente esige; nè può agirsi in revindicazio-
 » ne contro dell' acquirente non solo quando que-
 » sti molestar potesse per evizione il venditore
 » di buona fede, ma anche non può agirsi se il
 » detto venditore si offra alla lite come se pos-
 » sedesse, quantunque non fosse di evizione te-
 » nuto.

Gl' istessi autori sul commento all' articolo
 687 insegnano.

» I sopradetti principî debbono aver luogo
 » per le alienazioni fatte da successori irregolari,
 » non già che questi non avessero responsabilità,
 » se ne' trent' anni del loro possesso i veri ere-
 » di si presentino, ma che i terzi i quali acqui-

» stan da loro i beni ereditari non possono es-
» sere molestati.

Ed infine comentando l'art. 694, dicono.

» Che l'erede il più prossimo il quale so-
» pravviene debba rispettare le alienazioni fatte
» in buona fede da colui che a titolo di erede
» ha posseduto, abbiamo avuto occasione di di-
» mostrarlo ne' due commenti agli articoli 652
» e 687 ne' due casi particolari ivi espressi ,
» benchè nel presente articolo fosse stato il pro-
» prio luogo di parlarne per punto generale. Qui
» adunque non ci rimane che a soggiungere il
» supplemento delle cose dette, che così è stato
» anche da' Tribunali di Francia deciso nella
» specie, che un creduto più prossimo successo-
» re della linea paterna del defunto, dopo di a-
» versi l'eredità divisa col successore della linea
» materna, alienò un fondo ereditario della sua
» porzione; ed il più prossimo erede della stes-
» sa linea essendo sopravvenuto dopo due anni
» e mezzo dal dì dell'apertura della successione
» a chiedere l'eredità, volea dal compratore il
» fondo revindicare. Egli fu dalla Corte di ap-
» pello di Caen escluso, ed essendo ricorso per
» Cassazione, il di lui ricorso fu rigettato su i
» motivi che la decisione di cui era querela fon-
» davasi sopra un' antica giurisprudenza confor-
» me al dritto Romano, e sostenuta da' più pos-
» senti motivi di ordine e d'interesse pubblico,
» e che si conciliava con gli articoli 549, 724, e
» 1595 LL. CC. i quali dal ricorrente preten-
» deansi violati, mentre questi non costituivano
» che determinazioni per principj, e regole gene-
» rali, e veramente erano al caso inapplicabili.
» È però da notarsi che uno scrittore di un

» opera legale, chiamato Toullier (1) volle com-
 » battere questa decisione, ed il Sig. Sirey ne
 » ha fatto il dono d'inscrivere le di lui osserva-
 » zioni alla fine della seconda parte della raccol-
 » ta delle decisioni dell'anno 1815. Nega dun-
 » que il Toullier esservi l'antica giurisprudenza
 » allegata dalla Corte di Caen, dicendo che fon-
 » davasi in una sola decisione, quasi tali casi fos-
 » sero ovvii ad avvenire; nega questa giurispru-
 » denza conforme al dritto Romano, come la Cor-
 » te di Cassazione avea detto, e senza incaricar-
 » si delle leggi da noi rapportate nel commento
 » all'art. 652, afferma che dietro le più esatte
 » ricerche non avea trovato legge che ciò dices-
 » se, e si appiglia ad eterogenee disposizioni del
 » dritto Romano, dicendo che il legatario ed il
 » fedecommessario avessero l'azione revindicato-
 » ria, mentre ciò avviene non solo perchè la co-
 » sa legata non è eredità, sì bene una delibazio-
 » ne ed un distacco della medesima fatto già dal
 » testatore, ma perchè l'erede deve serbare il le-
 » gato al legatario nell'avvenimento della condi-
 » zione e non alienarlo. Aggiunge che la peti-
 » zione della eredità diasi anche contro il com-
 » pratore della eredità medesima; quando veder
 » poteva che non davasi contro i possessori a

(1) Fa veramente pena l'osservare che i dotti autori
 del Commentario sulle nostre leggi Civili abbiano oltre-
 passato i limiti della convenienza nel confutare un auto-
 re come Toullier, il cui sol nome ispira venerazione e
 rispetto. Noi anche siamo costretti di combattere talora i
 suoi principi, perchè *quandoque bonus dormitat Ho-*
merus, ma non sapremo dimenticare un sol momento,
 ch'egli è uno dei primi giureconsulti di Europa, e che
 a lui tanto deve il progresso della scienza legale.

» titolo singolare, e che il compratore dell' eredità diveniva un surrogato del venditore sottoposto agli stessi obblighi.

» Si riduce egli poi in angustie di parole allegando l' art. 137. del Codice Civile ch' è nella nostra legge il 143, ove si riserba all' assente la petizione dell' eredità degli altri dritti spettatigli; donde egli argomenta che gli altri dritti sono appunto la revindicazione de' beni dal possessore dell' eredità alienati, li quali dritti non si prescrivono che dopo trent'anni, giacchè bastava secondo lui mentovarsi solo nell' art. la petizione di eredità, e non già anche gli altri dritti. Doveva però avvedersi che quell' art. abbraccia non solo la riserva per le successioni, di cui parla l' art. 136 che lo precede, ma anche de' dritti compresi nell' art. 135 in cui sono mentovati in generale i dritti dell' assente, da' quali il suo rappresentante sia stato escluso per non aver potuto provare che l' assente fosse stato in vita quando a tal dritto si fece luogo. Finalmente non era al caso l' altro art. 930 del Codice Civile da lui citato, il quale dà la revindicazione per parte riserbata contro gli acquirenti dal donatario; mentre della quota riserbata non potendo il donante per legge disporre, molto meno disporne poteva il donatario; e ciò non ostante si era dalla legge voluto particolarmente spiegare. Ma ne sembra inutile più diffonderci in ciò, poichè si vede che questo autore sia acciecatò nella sua opinione, e gli sfugge la verità.

Ed ecco come (ah! miserando destino delle leggi!) sull' istesse leggi di Ulpiano Merlin

ravvisa una differenza tra il venditore di una intera eredità ed il venditore di oggetti singolari, accordando l'azione di petizione di eredità contro del primo, e negandola nel secondo; Toullier l'ammette indistintamente contro dell' uno e dell' altro; Dalloz, Rogron, gli autori del Comentario sulle nostre leggi civili indistintamente la negano contro di entrambi.

In quanto poi allo spirito della legge in quistione, Merlin trova la ragione conforme alla morale ed all' interesse pubblico, poichè ammettendosi l' azione di petizione di eredità contro il venditore dell' eredità intera, secondo il suo avviso, sia giusto punire colui che ha tradito la confidenza di cui l' avea onorato il defunto, mettendo uno straniero a parte de' segreti dell' eredità; Toullier per l' opposto crede che poco importi al defunto sceso nella tomba di essersi traditi i suoi segreti: *scilicet haec manes credis curare sepultos?* Che la differenza immaginata da Merlin non esiste nella legge; che l' opinione di Ulpiano in ogni caso è immorale, ingiusta, fatale al benessere del vivere sociale, sovversiva in fine della Religione e della Morale, la quale non permette doversi ricompensare ed incoraggiare le prodigalità di colui che sia in buona sia in mala fede non mettendo termine nè misura alle sue folli spese, abbia dissipato con profusione i beni de' quali riputavasi erede. Ma nè Merlin, nè Toullier si sono mai doluti che Ulpiano avesse messo opinioni private nell' istesso livello, anzi al di sopra delle leggi, e comunque si fossero sforzati d' interpretare didatticamente il testo di Ulpiano, non si sono brigati di tener presente l' istoria de' diversi cangiamenti cui andò soggetto il dritto

della petizion di eredità dal tempo de' Decemviri fino al governo Imperiale, locchè se avessero praticato giovandosi in un tempo dell' elemento *istorico e filosofico* (1) combinati insieme, avrebbero penetrato lo spirito delle leggi che comentavano, ed avrebbero offerto a' cultori della scienza la genesi del dritto sulla petizion di eredità messa in armonia co' tempi, co' suoi progressi, e colla sua mobilità.

Gli argomenti poi che Toullier desume dalle leggi da lui citate invece di confermare, indeboliscono la sua opinione. In fatti niun dubbio che per la l. 2. ff. *de regulis juris*, il proprietario non può perdere il suo dritto altrimenti che per suo proprio fatto, siccome indubitato è altresì che per la legge 54 dello stesso titolo, niuno può trasferire ad altri un dritto maggiore di quel ch'egli ha: ma ciò che importa? se la norma del giusto ed ingiusto civile non deve esistere che nella legge; quella stessa legge che ha dichiarato sacro il dritto di proprietà, ha dichiara-

(1) Ci si condoni l'ardita espressione in grazia dello zelo che ci anima per lo scoprimento del vero. Noi rispettiamo non solo, ma ammiriamo altresì gli estesissimi lumi dei sommi giureconsulti Merlin e Toullier, ma poichè gli errori degli uomini celebri son più contagiosi per coloro che si consacrano allo studio delle leggi, noi comunque persuasi della nostra debolezza, osiamo inalzare la nostra voce per indicar l'errore ad ingegni più elevati del nostro per combatterlo; persuasi che in materia di giustizia, ogni riguardo, ogni transazione coll'errore, è un delitto fatale alla scienza, all'interesse pubblico, alla verità, alla giustizia. Dietro questa protesta speriamo che il lettore voglia benignarsi di non condannarci senza leggere, e di leggere con calma, e senza prevenzione il nostro ragionamento.

to non men sacro il rispetto dovuto alla buona fede. Avremo allora due principî, due massime, due norme di giusto civile egualmente rispettabili, perchè egualmente sanzionate dalla legge; anzi il secondo principio è di un interesse maggiore pel bene pubblico, importando molto più alla società di conoscer presto chi rappresenta la successione per non temer de' contratti e de' giudizi che si fanno con lui, poichè un evento tardivo che venisse a risolvere il dritto di un erede, mentre porterebbe sulla sua economia una perturbazione ed un danno non meritato, potrebbe turbare molti contratti pubblici e privati.

In fine gli argomenti che si desumono dalle leg. 3. *cod. comm. de legat.* l. 18. *de haeredit. vendit.* 44. ff. *de adquir. haereditat.* si ritorcono indubitatamente in danno del Signor Toullier, poichè la prima delle leggi citate dichiara nulla la vendita fatta dall'erede di un fondo ch'egli sapeva essere destinato ad altri per legato e fedecommesso, perchè questa conoscenza lo costituisce in mala fede, ed in ciò la legge che Toullier cita è in perfetta armonia colle leggi 13, 20, e 25 ff. *de haereditat. petit.* La l. 18. *de haeredit. vendit.* poi decide, che il venditore dell'eredità è tenuto a garantirla, ed in ciò neanche tal disposizione è in contraddizione colle leggi 13, 20, e 25. ff. *de haered. petit.* che non si son mai sognate di dispensare il venditore qualunque egli fosse della garentia dovuta per legge, e dalla quale non può esimersi se non in forza di una convenzione particolare fatta col compratore.

Ma se Toullier avesse consultato infinite altre leggi sparse nello stesso corpo delle pandette, avrebbe rinvenuto che nella legge 89. ff. *de le-*

gat. 2. testualmente si decide; che se un erede avesse in buona fede venduto i beni nell'ignoranza che il testatore gli avesse ad altri destinati per legato o per fedecommeso, la vendita era conservata, e l'erede non era tenuto se non al prezzo; se avesse consultato la legge 44 *de adquir. haeredit.* avrebbe trovato in essa testualmente deciso, che un minore avendo accettato l'eredità del padre, se dopo venduta parte de' beni ereditari, avesse rinunciato alla eredità venduta in buona fede, la vendita era valida, nè poteasi rescindere da colui che avesse posteriormente accettata l'eredità in sua vece; se in fine Toullier si fosse data la pena di consultare la l. 18 ff. *quod metus causa.* non si sarebbe permesso di dire che il saggio Antonino e Giuliano compilatori dell'editto perpetuo, aveano rigettata e riprovata l'opinione di Ulpiano come favorevole a' prodighi, agli amici del giuoco, del fasto, e della baratteria, perchè Giuliano nella l. *quod metus causa* lungi dall'essere in contraddizione colle LL. 13, 20, e 25 ff. *de haeredit. petit.* insegna che l'erede venditore tenuto coll'azione di petizione di eredità *in quantum locupletior factus est*, debba intendersi fatto più ricco se avesse convertito il prezzo *in pecuniam aliamve rem*, e l'Imperatore Antonino citato dallo stesso Giuliano decide, che quando il prezzo della cosa venduta esiste, o sia impiegato in compra di altri fondi, ed in acquisto di altri beni, l'erede venditore è considerato di essersi fatto più ricco, e coll'azion di petizione di eredità è tenuto a restituire *perinde ac si corpora ipsa in eadem specie mansissent.*

Or quest' analisi sulle leggi citate da Toul-

lier, e questi pochi esempi tra i moltissimi che potrebbero desumersi da altre leggi Romane, saranno sufficienti a convincerci che i legislatori di Roma se ebbero un rispetto pel dritto di proprietà, l'ebbero forse maggiore verso la buona fede, e basterà per tutti l'esempio che ci offre la famosa legge *Barbarius Philippus 3. ff. de officio Prætorum*, ov' è consagrato che per solo riguardo dovuto alla buona fede si sono approvati e rispettati tutti gli atti fatti da Barbario Filippo nella sua qualità di Pretore, comunque servo, comunque incapace dell'esercizio de' dritti civili e delle cariche pubbliche.

§. 10. Ma è egli vero che Ulpiano coll'espressioni *an porrigi manus ad emptorem debeant* adoperate nel § 4. della leg. 13 *de hæreditat. petit.* e che han formato l'oggetto di tanta disputa, abbia inteso di accordare un'azione utile di petizion di eredità contro del compratore, mentre l'ha poi negata nel § 17. l. 25 dello stesso titolo?

È egli vero che Ulpiano facendo distinzione tra la vendita dell'intera eredità, e la vendita di oggetti singolari abbia accordata l'azione utile nel primo caso, e negata nel secondo?

Se fosse ancora a noi dato d'interloquire fra cotanto senno, osserveremmo rispettosamente alla saggezza della Gran Corte Civile, che il § 4. della l. 13 non è in contraddizione col § 17 della l. 25 *de hæredit. petit.*; che Ulpiano non è in contraddizione con Ulpiano; che il digesto non è in contraddizione col codice; che le parole *an porrigi manus ad emptorem debeant*, lungi dall'esprimere che competesse al vero erede un'azione utile contro del venditore, esprimono in

vece che al comprator di buona fede debba stendersi le mani per soccorrerlo, per aiutarlo contro le molestie del vero erede revindicante; che infine tanto per gli editti de' Pretori anteriori al *Senatusconsulto* di Adriano, che per le sanzioni del *Senatusconsulto* istesso, e delle leggi posteriori di Marco Aurelio, Antonino, e Severo racchiuse d'ordine di Giustiniano nello stesso titolo del Codice *de hæreditat. petit.* sempre si è rispettato il principio sacro del riguardo dovuto alla buona fede del compratore, in che vive la vita delle contrattazioni sociali.

Ed in vero tutti gli scrittori del secol d'oro impiegano la preposizione *ad* nel senso di vicinanza, di accesso, di favore per esprimere un dritto che a taluno compete, mentre per l'opposto la preposizione *in* si adopera nel senso di *adversus*, *contra*, per esprimere un dritto che compete contro taluno. Così Cicerone ad Attico: *Fuit ad me sane diu*: Così altrove: *Signa quæ nobis curasti ea sunt ad Cajetam posita*. Così Virgilio nell' Eneide: *Prima quod ad Trojam pro caris gesserat Argis*. Così in fine Livio lib. X. *Furiarumque ac formidinis plæna omnia ad hosteis essent*.

Per l'opposto l'istesso Virgilio nell' Eneide impiega la parola *in* nel senso di *contra*, *adversus*. *Quid meus Eneas in te committere tantum, quid Troes potuere?*

Il verbo *porrigere* poi significa indubitatamente porgere, stendere in senso di aiuto, di soccorso, e l'espressione *manum porrigere* è lo stesso che *opem ferre*, come l'impiega Cicerone pro *Coelio* allorchè dice: *Licinium cum jam manum ad tradendam pixidem porrexisset, retraxisse!*

E nell' istesso senso le preposizioni *ad* ed *in* furon sicuramente impiegate da Ulpiano nella l. 13. § 4. perchè quando egli domanda se dovesse accordarsi l'azione utile di petizion di eredità contro del compratore adopera la preposizione *in*, *an utilis in eum petitio hæreditatis deberet dari*; allorchè poi domanda se debbasi stender la mano al compratore quando il venditore non esiste, *venditorem non extare*; quando la vendita siasi fatta a modico prezzo, *modico vendidisse*, o quando fosse possessor di buona fede, *bonae fidei possessorem fuisse*; si serve della preposizione *ad* ch' esprime un favore, un aiuto, un dritto, *an porrigi manus ad emptorem debeant*.

Ed ove si voglia una maggior pruova di questa verità si riuverrà nel testo del § 17 della leg. 30. *de hæredit. petit.* ch'è dello stesso Ulpiano. In fatti trascrivendo quivi il Giureconsulto il decreto del Senato si esprime così: *Ait Senatus placere a quibus petita hæreditas fuisset, si adversus eos judicatum esset, pretia quæ ad eos rerum ex hæreditate venditarum pervenissent, et si ea ante petitam hæreditatem deperissent, deminutave essent, restituere debere*; e tutti gl' Interpreti, e tutt' i Dottori senza contraddizione han spiegato il testo citato nel senso che coloro che fossero stati convenuti in giudizio coll'azione di petizione di eredità, e fossero stati condannati a pagare il prezzo lor pervenuto dalla vendita *pretia quæ ad eos pervenissent*, dovessero in effetti restituirlo, quando anche prima dell' intentata azione il prezzo ritratto dalla vendita si fosse o diminuito o distrutto.

Ma sia pure che l'espressioni *porrigi manus ad emptorem debeant* dovessero intendersi nel senso attribuito loro dagl' interpreti, cioè di doversi stender le mani contro del compratore; sia pure che contro del compratore competesse l'azione utile in favore del vero erede, i di cui beni sono stati distratti. Questa opinione è dessa del *Senatusconsulto* che formava legge imperante a' tempi di Adriano, è opinione di Ulpiano che lo comenta, o è opinione di Caio Cassio?

È chiaro che se quelle parole indicano doversi accordare un' azione contro del compratore tal' era l' opinione di Cassio, che visse più di un secolo prima di Ulpiano, e la di cui sentenza non potea più aver autorità dopo pubblicato il *Senatusconsulto* di Adriano nell' anno 117 dell' Era Volgare che Ulpiano comentava negli anni 193 a 237.

Sia dunque che si voglia attendere al senso grammaticale dell' espressione *an porrigi manus ad emptorem debeant*, e noi avremo, che non al vero erede compete un' azione utile contro del compratore, ma sibbene a questo un' azione utile contro del venditore per garentirsi dalle molestie del vero erede revindicante.

Se per l' opposto vogliam ritenere che l' espressioni citate dovessero intendersi nel senso datogli dalla maggior parte degl' interpreti, cioè che competesse un' azione utile di petizione di eredità contro del compratore, ed allora avremo che Caio Cassio era di questo avviso, non già Ulpiano il quale comentando il *Senatusconsulto* tanto nella l. 20, che nella l. 25 ff. *de haeredit. petit.* sempre professa l' istesso principio che

non compete mai revindica contro del compratore quando questi abbia un regresso contro del venditore di buona fede, *qui justas causas habuisset, quare bona ad se pertinere existimasset.* In questo caso dice Ulpiano (e ripetono con lui Caio, Paolo, Giavoleno, Celso, Modestino, Papiniano, Ermogeniano, Giuliano, Africano, Nerazio, e Scevola autori delle 58 leggi racchiuse nel titolo *de petit. haereditat.*) all'erede non compete che il prezzo dal venditore, o l'azione ad esigerlo dal compratore; e se il prezzo fosse stato dissipato, l'erede non avrà neanche dritto a pretenderlo, come si esprime nel §. 11 e seguenti della stessa l. 25.

Molto meno può dirsi che nella l. 13 Ulpiano intendesse parlare della vendita dell'intera eredità, nel qual caso accorda contro del compratore l'azione utile, e che nel §. 17 della l. 25 facendosi distinzione tra vendita dell'intera eredità *si rem distraxit*, e vendita di oggetti singolari *singulas res*, abbia inteso Ulpiano negar la revindica contro del compratore di oggetti singolari che conserva il regresso contro del venditore, ammettendola contro del compratore dell'intera eredità. Questo assunto resiste alla lettera ed allo spirito della legge, poichè nè nella prima, nè nella seconda delle leggi citate Ulpiano fece o potea fare una distinzione che ripugna alla ragione ed al buon senso, mentre i dritti del compratore nel primo caso non sono nè possono essere diversi da quelli che a lui competono nel secondo, essendo un assurdo l'immaginare che chi compra la parte di un tutto, fosse tenuto a ciò cui non è tenuto il comprador dell'intero, ed altronde basterebbe consultare le l. 1. 2. 8. 13. ff.

de haeredit. act. vendit. per rimaner convinto che quando la evizione non si verifica su cose singolari ma sull'intera eredità, avea sempre luogo il regresso, ciò che risulta eziandio dalla l. 1. *Cod. de evict.*

Ma oltre a ciò nella l. 13 § 4. (1) Ulpiano dice, *si quis haereditatem emerit*, intendendo parlar della vendita dell'eredità intera, e l'identica specie prevede nel § 17 della l. 25, ove dice, *si rem distraxit bonae fidei possessor*, talchè essendo una la specie prevista nel quesito che il Giureconsulto propone a se stesso, la risoluzione che siegue *posse res vindicari nisi emptores regressum ad bonae fidei possessorem habent*, è riferibile sempre alla specie proposta, cioè, alla vendita dell'eredità intera; e le susseguenti espressioni *an singulas res si nondum usucaptae sint* debbono interpretarsi nel senso che il Giureconsulto abbia inteso di dire che il vero erede revindicante dirigendo la sua azione contro i singolari compratori de' cespiti dell'intera eredità venduta, possa esser da tutti respinto se dessi conservassero il regresso contro del venditore, *si regressum ad venditorem habeant*.

(1) Ecco le precise parole del §. 4. *Consuluit Senatus bonae fidei possessoribus, ne in totum damno adficiantur, sed in id dumtaxat teneantur in quo locupletiores facti sunt. Quemcumque igitur sumptum fecerint ex haereditate si quid dilapidaverunt, perdidierunt, dum re sua se abuti putant, non praestabunt: nec si donaverint locupletiores facti videbuntur: quamvis ad remunerandum sibi aliquem naturaliter obligaverunt. Plane si idest remunerationes acceperunt, dicendum est eatenus locupletiores factos, quatenus acceperunt: velut genus quoddam hoc esset permutationis.*

In una parola confrontando e ravvicinando il §. 4 della l. 13, il § 17 della l. 20, il § 17 della l. 25 tra loro, e tutti e tre col *Senatusconsulto* di Adriano a cui serviron di commento, e che dee essere a noi di guida e di norma nell'interpettazione, sembra che il senso semplice, chiaro, e preciso della sentenza di Ulpiano fosse il seguente « Se » taluno compra l'intera eredità da un erede » putativo, il venditore sarà tenuto coll'azione » utile di petizion di eredità » *venditorem te-* » *neri certum est*, ed in ciò Ulpiano si confor- » mava alla legge imperante racchiusa nell' editto » perpetuo (1). Se il venditore non esiste, *vendito-* » *rem non extare*, se la vendita fosse stata fat- » ta a modico prezzo ed il venditore fosse stato » possessore di buona fede, *si modico vendidisse* » *et bonae fidei possessorem fuisse*, deesi soc- » correre il compratore, *porrigi manus ad eum* » *debeant*, onde evitare che il vero erede potesse » inveir contro di lui, dal perchè non trova come » pagarsi, o come ripeter la cosa dal venditore di- » stratta; se l'erede putativo avesse venduto *res* » *haereditarias*, dovrà restituire il prezzo *si exi-* » *git*, oppure l'azione ad esigerlo se non l'avesse » ancora esatto; se in fine l'erede putativo aves- » se venduto l'intera eredità a diversi compratori » de' cespiti singolari che la compougono *si rem* » *distraxit*, ed i compratori *rerum singularium* » conservassero un regresso contro del venditore, » l'azion di revindica che intentar volesse contro

(1) *Si quis hereditatem* (son parole dell' Editto perpetuo) *quam sibi obvenisse, dicat, petet, ei adversus eum qui pro herede, prove possessore possidebit, judicium dabo ut restituatur.*

» di loro l'erede vero sarebbe da tutti respinta,
 » *et puto posse res vindicari, nisi emptores ad*
 » *bonae fidei possessorem habent.*

Così Ulpiano non sarà più in contraddizione con Ulpiano! Così il *Senatusconsulto* non sarà più modificato, limitato, combattuto, ed annientato dal dispotismo degl' interpreti! Così trattandosi di scegliere fra le leggi le di cui disposizioni son chiare, e le opinioni degl' interpreti che le distruggono, non rimarrà dubbio che la scelta debba cadere in favor della legge!

§. 11. Nè questa interpretazione così semplice, così naturale, così giusta incontra la menoma contraddizione nelle leggi posteriori riunite e classificate nel Codice, che anzi queste prestano un maggior lume per sostenerla.

In vero Marco Aurelio che visse dall' anno 161 al 180 dell' Era Volgare, colla l. 1. *Cod. de petit. haereditat.* rese comune alle controversie tra' privati il *Senatusconsulto* pubblicato a' tempi di Adriano: *Senatus Consultum auctore divo Hadriano ayo meo factum, quo certum est quid, et ex quo tempore evicta haereditate restitui debeat, non solum ad fisci causas, sed etiam ad privatos haereditatis petitores pertinet;* e quindi nel § 1. della legge citata prescrisse che l'erede putativo venditore della eredità pria della contestazione della lite, se in buona fede ne avesse fatta la vendita, non potesse essere ad altro tenuto se non al prezzo, *in quantum locupletior exstiterit*, senza mai accordare al vero erede l'azione di revindicare contro del compratore.

Nelle leggi 2, e 7 poi cod. dello stesso titolo si nega implicitamente l'azione di petizione

di eredità contro del compratore, poichè nella prima, di cui sono autori Severo ed Antonino, s'indicano i possessori contro i quali tale azione compete, senza comprendersi il compratore; e nella seconda di cui sono autori Diocleziano e Massimiano, espressamente si consagra che la petizion di eredità non compete se non *adversus possidentes pro haerede vel pro possessore*.

In fine nella legge 4 *cod. in quib. caus. ces. long. temp. praescript.* gli stessi Diocleziano e Massimiano in termini espressi negano l'azione di petizion di eredità contro a' compratori *ab his qui pro empto vel donato, vel alio titulo res quae ex haereditate sunt vel fuerunt possident, successio vindicari non potest.*

Pare quindi evidente che Marco Aurelio non solo non innovò il *Senatusconsultum* di Adriano, ma lo rese eziandio applicabile alle contrattazioni tra privati, e non meno lui che Antonino e Severo, Diocleziano e Massimiano de' quali il primo visse dall'anno 138 al 161, il secondo dal 193 al 198, gli ultimi dal 286 al 305, rispettato avessero la sanzione del *Senatusconsultum*, negando la petizion di eredità contro del compratore, sia dell'eredità intera, sia degli oggetti singolari alienati dall'erede putativo.

Invano si dirà che Antonino e Severo nella legge 2. *cod. de haered. petit.* avessero implicitamente permessa l'azion di revindica contro del compratore con quelle espressioni, *emptor item qui proprio titulo possessionis munitus est, etiam singularum rerum jure convenitur!*

Invano si dirà che gl'Imperatori Diocleziano e Massimiano avessero in termini espressi permessa la revindica allorchè dissero nella leg. 7.

dello stesso titolo, *a ceteris autem tantum specialibus in rem actionibus, vindicare posse manifestum est, si non agentis intentio per usucapionem vel longum tempus explosa sit.*

Comunque un dotto Giureconsulto del nostro Regno (1) con ingegnosi argomenti avesse

(1) Il Sig. Martinangelo de Martino i di cui estesi lumi, e la di cui profonda conoscenza del Rom. dritto, ne han sempre imposto venerazione, e rispetto. Volendo egli prender parte alla disputa tra Merlin, e Toullier, nelle sue note critiche a Toullier tom. 2. pag. 349. a 357. insegna che tanto nella l. 2. c. *de hered. petit.* che nella l. 7. dello stesso titolo, si ammette nella prima implicitamente, e nella seconda espressamente l'azione di revindica, contro colui che ha comprato i beni dall'erede putativo, ma sostiene, che avendo Giustiniano nello stesso titolo riunito il rescritto di Marco Aurelio, che imponendo l'osservanza del *Senatus. Cons* nega l'azione di petizion di eredità contro del compratore, ed i Rescritti di Severo, ed Antonino, non che di Diocleziano, e Massimiano, che negando l'istessa petizion di eredità, accordano contra del compratore l'azione di revindica, abbia inteso di prescrivere, che il compratore chiamato in giudizio dall'erede vero, quando non avesse rinunciato alla garentia contro del venditore, può giovarsi *venditoris defensionibus* per paralizzare, ed estinguer gli effetti della revindicazione, quantevolte il venditore *pretio non factus sit locupletior*, poichè non essendo in tal caso il venditore tenuto a nulla, a nulla sarà parimenti tenuto il compratore.

» Qual è in questo conflitto di leggi (egli dice)
 » la legge? Veggiamo se siavi una via da uscir dal laberinto. Se la vendita non dà luogo a garentia cessa ogni difficoltà. L'erede sarà libero di dirigersi al venditore pel prezzo, o al compratore per la cosa senza che nasca alcuna collisione tra questi per l'esperimento dell'una o dell'altra azione.

» Se dà luogo a garentia e l'erede direttosi al venditore abbia esatto il prezzo, cessa il diritto a revin-

impresso a sostener questo assunto, noi giovan-
doci dell' ermeneutica legale e delle regole dell'
interpretazione dottrinale, ci lusinghiamo che non
ci sia difficile di penetrare il vero senso delle leggi
cite, attribuendo loro quel significato ch' è in
armonia colle massime stabilite dagl' istessi Impe-
ratori che le dettarono, e colla legge imperante
in quei tempi sulla petizion di eredità.

» dicare sì perchè avrebbe così approvato la vendita,
» come perchè non potrebbe avere insieme il prezzo,
» e la cosa. La cumulazione di questi vantaggi non era
» permessa che nell' alienazione dolosa.

» Se poi l'erede lasciato il venditore convenga il
» compratore colla revindicazione, questa può essere es-
» clusa colla offerta del prezzo fatta o dal venditore che
» fosse stato chiamato in garanzia, o dallo stesso com-
» pratore, salvo a lui in questo caso il regresso contro
» del venditore pel doppio prezzo pagato.

» Così la revindicazione non avrebbe luogo se non:
» 1. Quando nè dal venditore, nè dall' acquirente fosse
» pagato il prezzo: 2. Nel caso raro che il compratore
» non abbia dritto ad evizione.

» Ma se il venditore non sia divenuto più ricco, il
» prezzo sarà perduto pel revindicante, o potrà esigerlo
» di nuovo dal compratore per mezzo della revindica-
» zione? Il compratore, ripeto, può giovare delle ecce-
» zioni del suo autore: l'autore non sarebbe tenuto a nul-
» la, dunque neanche il compratore.

» Dunque l'azion di revindicazione che sia seguita
» da garanzia si risolve o nel prezzo, o nel nulla. Se mi
» si dimanda d'onde discende questo avviso? Dirò, dai
» dritti combinati della petizione di eredità, della revin-
» dica, e della evizione.

Qualunque sia il nostro rispetto per questo sommo
giureconsulto che onora il nostro Regno, e le di cui no-
te critiche a Toullier lo renderanno immortale, malgra-
do l'incertezza del proprio giudizio, ci siam permessi d'
innalzar francamente la nostra voce per sommettere ad
un libero esame la sua opinione, e se non andiamo erra-

In fatti Antonino e Severo nella legge 2. trattano delle obbligazioni del compratore sulla restituzione de' frutti, come or ora dimostreremo più diffusamente nell'analisi della quistion seguente, e dopo aver fatta una distinzione tra la vendita fatta prima e dopo la contestazione della lite, gl' Imperatori decidono che se la domanda si dirige contra chi possiede *pro haerede vel pro possessore*, debbesi seguir la regola *fructus augent haereditatem*; se poi si diriga contro del compratore a titolo singolare, questi *singularum rerum jure convenitur*, ossia è tenuto a ciò a cui è obbligato ogni possessore evitto ne' casi ne' quali vi ha contro di lui luogo alla revindica, cioè che sia tenuto a' frutti *post litem contestatam*, come osserva Cujacio sulla legge citata (1).

Questo e non altro è il senso della l. 2., non potendosi giammai supporre che Antonino e Severo avessero voluto accordare contro del compratore un' azion di revindica che negava il *Senatus Consultum* di Adriano, esteso da Marco Aurelio colla l. 1.^a dello stesso titolo, ammenoc-

ti, ci sembra di aver dimostrato abbastanza che Antonino e Severo nella leg. 2. Diocleziano e Massimiano nella l. 7. non hanno inteso accordare contro del compratore l' azion di revindica negata dal S. C., ma han parlato degli obblighi del possessore verso dell' erede vero revindicante, nei casi nei quali dal S. C. la revindica era permessa, cioè *si regressum ad venditorem non habeat*. Della sussistenza della opinione nostra e del Sig. Martingelo giudicherà il lettore imparziale, al cui giudizio la sottomettiamo senza riserba.

(1) *Igitur* (son sue parole) *in actione in rem speciales, quae est stricta, non veniunt fructus nisi post litem contestatam.*

chè non si voglia supporre che Giustiniano avesse preso diletto di riunire nello stesso titolo due leggi che si distruggono e si divorano a vicenda. Altronde in detta l. 2. non trattasi che degli obblighi del compratore sulla restituzione de' frutti, come si disse, ed era ragionevole che Antonino e Severo nell'enunciar tali obblighi distinguendo il possessore *pro haerede vel pro possessore*, (contro de' quali unicamente competeva la petizion di eredità) dal possessore a titolo singolare *pro empto*, *pro donato etc.* (contro de' quali la petizion di eredità era negata) avessero prescritto ciò che credevano doversi da' primi relativamente a' frutti, e ciò a cui sarebbe tenuto il secondo nel caso che potesse contro di lui dirigersi l'azion di revindica a' termini del *Senatus Consultum* di Adriano, cioè *nisi regressum ad venditorem habeat*.

Nè dee dirsi altrimenti della l. 7. degl'Imperatori Diocleziano e Massimiano.

Chi possiede *pro haerede vel pro possessore*, essi dicono, non può colla prescrizione di lungo tempo respingere l'azione di petizion di eredità ch'è un'azione mista, ma lo può con tal mezzo respingere colui che possiede per effetto di donazione o di compra, se l'attore intenterà contro di lui un'azione di revindica. Ma hanno con ciò voluto intendere che contro del compratore competesse l'azion di revindica ne' casi ne' quali era vietata dal *Senatus Consultum* di Adriano? Nè il dissero, nè poteano dirlo, perchè come si è più sopra osservato gl'istessi Imperatori nella l. 4. *Cod. in quib. caus. cess. long. tem. praescript.* inserita nel Codice d'ordine di Giustiniano ed avente autorità di legge,

in termini espressi avean dichiarato *ab iis qui pro empto vel donato seu alio titulo res quae ex hereditate sunt, vel fuerunt, possident, successio vindicari non potest.*

Le leggi del Codice quindi uniformi al *Senatus Consultum* di Adriano, ed al commento che ne fa Ulpiano nelle l. 13, 20 e 25 ff. *de haeredit petit.*, non fanno che confermare la stessa dottrina da Ulpiano professata, cioè, che la petizion di eredità non può competere se non contro di chi possiede *pro haerede vel pro possessore*; che non compete mai contro del possessore a titolo singolare *pro empto, pro donato etc.*, che questi non può esser tenuto se non all'azione di revindica ne' casi però ne' quali era permesso dal *Senatus Consultum* interpretato da Ulpiano, quando il compratore non avesse regresso contro del venditore: *posse res vindicari nisi emptores regressum ad venditorem habeant.*

In tal modo col soccorso della filosofia del dritto che studia la natura umana, col soccorso dell'istoria che studia nella realtà la sua pratica e la sua applicazione, col soccorso della dogmatica ch' eleva le teorie, col soccorso dell'esegetica che le interpreta e le spiega illuminando i Comentatori, ed i testi, siam giunti ad acquistare una conoscenza perfetta del dritto positivo insegnato da Ulpiano il quale nè volle, nè potè essere in contraddizione col *Senatus Consultum* che comentava, e che colla voce generica *bona ad se pertinere existimassent* (1) com-

(2) *Eos autem* (son parole del S. C.) *qui justas causas habuissent, quare bona ad se pertinere existimassent, usque eo dumtaxat teneri quo locupletiores ea re facti essent.*

prende indistintamente ed il venditore degli oggetti singolari, ed il venditore dell'intera eredità.

In vero la filosofia del dritto c'istruisce che qualunque fosse lo stato degli uomini pria della formazione delle società civili, qualunque fosse l'epoca di queste riunioni, qualunque la loro primitiva costituzione, qualunque il piano sul quale esse furon foggiate, una fu la causa che le produsse, uno il principio che le fe nascere; cioè, l'amor della conservazione e della tranquillità (1), l'utilità generale e la felicità pubblica (2), la giustizia e l'eguaglianza morale che assicura a ciascuno la conservazione de' propri dritti specialmente quello della vita e della proprietà (3), in fine il bene pubblico, la proprietà del popolo in generale, e di ciascuno individuo in particolare, la sua sicurezza, la sua tranquillità, il suo benessere (4), e si sa che i Legislatori di Roma nel fine di assicurare la tranquillità pubblica e di soffogar le liti infeste al vivere sociale, ebbero un

Or l'espressione *bona* comprende tanto l'intera eredità che i beni singolari, come abbiamo dalla leg. 49. ff. de verb. significat. ch'è dello stesso Ulpiano. *Bona ex eo dicta quod beant. In bonis autem nostris computari sciendum est non solum quæ dominii nostri sunt, sed et si bona fide nobis possideantur. Acque bonis adnumerabitur etiam si quid est. in actionibus, petitionibus, persecutionibus, nam hæc omnia in bonis esse videntur.*

(1) Secondo Filangieri scienza della legislazione tom. 1. pag. 47. a 82. cap. 1. a 7.

(2) Secondo Bentham tom. 1. prin. di leg. cap. 1.

(3) Secondo Bexon applicaz. della Teor. della leg. penale tom. 1. parte 1. §. 3. pag. 18.

(4) Montesquieu Spirito delle leggi tom. 1. lib. 1. cap. 3. Raffaelli Nomotesia penale lib. 1. pag. 40.

immenso rispetto verso la buona fede, cui Numa Pompilio avea consagrato sul Campidoglio un tempio presso quello di Giove. Vedi Delfico della giurisprudenza Romana e de' suoi cultori.

L'istoria del dritto ci assicura che molto prima di Adriano e di Ulpiano tutt' i Magistrati che aveano in Roma il dritto di fare editti e specialmente i Pretori si sono occupati dell' interessante oggetto della petizion di eredità, fissando principi spesso tra loro opposti e contraddittori; che Adriano coll' editto perpetuo si limitò a dettare un principio generico che ha dato luogo a tanti comentì espresso ne' seguenti termini, *si quis haereditatem quam sibi obvenisse dicat, petet, adversus eum qui pro haerede prope possessore possidebit, judicium dabo ut restitatur*; che dopo un tale editto così monco le quistioni sulla petizion di eredità essendosi ragionevolmente moltiplicate e rese sempre più di difficile soluzione, i Giureconsulti cui era dato d' interpretare la legge (1) fecero mille contrad-

(1) Niuno ignora, che la giurisprudenza Romana fu sempre incerta, arbitraria, tirannica.

Che sotto i Re, Roma vivesse con leggi incerte, e che tutto dipendesse dal Regio arbitrio, ce lo attesta Pomponio *populus sine lege certa sine jure certo primum agere instituit*; che sotto Numa tutta l' autorità era ripartita tra i patrizi, che in un tempo erano i depositari, i ministri, e gl' interpreti della legge, ce lo attesta lo stesso Pomponio nella leg. 1. *de Ort. jur. civilis*, dove egli ci assicura del pari, che dopo espulsi i Re l'incertezza delle leggi fu seguita da incertezza maggiore, e l'arbitrio da arbitrio pel corso di altri 60 anni, finchè il popolo ottenne dopo lunghi contrasti le leggi Decemvirali, che se gli fecero credere dettate dalla sapienza Greca, *Fico scienza nuova, Duni del cittadino*

dittorî comenti, *praeter haec multa reperimus tractata de petitione haereditatis, de distractis rebus haereditariis, de dolo praeterito, de fructibus* (son parole della l. 20 *de haered. petit.*); che sotto l'impero dello stesso Adriano dietro la morte di Rustico surta questione sul modo di avocare al fisco i beni ch' erano stati venduti da' suoi pretesi eredi, e che co-

Romano, Bonamy memorie di letteratura dell' Accademia di Parigi t. 18, ma il potere giudiziario si è conservato sempre nell'ordine dei Patrizi, cui era esclusivamente riservato d'interpretarle, di dare le azioni, di dettar le formole, ciò che formava quella giurisprudenza, che Gravina chiama *tenebrosa, et tristis non tam in aequitate, quam in verborum suppositione fundata*, Gravina *de ortu juris Civilis* cap. 46, che l'incertezza della giurisprudenza e l'arbitrio dei Patrizi crebbero col *jus praetorium*, inventato per soccorrere le leggi deboli, per sostenerle cadenti, per correggerle erronee, *adjuvandi, supplendi, vel corrigendi juris gratia, propter publicam utilitatem introductum*, come ci assicura Pomponio; che spirata la Republica surse la giurisprudenza *Eurematica* che Vico chiama *Poema serio*, poichè le immagini si erano sostituite alla realtà fingendosi i fatti non fatti, i non fatti fatti, nati i non nati, morti i viventi, e coloro che tale scienza professarono, assunsero il nobile titolo di Giureconsulti; che in fine allorchè Roma dallo stato di corruzione, di sfrenata licenza, e di pretesa libertà, passò sotto il giogo del dispotismo dei Cesari, gl'Imperatori cessato l'uso dei Comizi, conferirono l'apparenza del potere legislativo al Senato, che prima era destinato alla tutela, alla preparazione, ed all'esame delle leggi, e volendo attirare a se tutte le mollecole del potere, come osserva Tacito ne' suoi annali lib. 11, ridotti dal suo canto i Giureconsulti, non più lasciaron libero il mestiere della Giurisprudenza, come per lo innanzi, ma stabilirono, che quei soli emanar potessero responsi, che ottenuta avessero l'augustale approvazione. E a questi tempi precisamente che fu pubblicato il S. C. di Adriano sulla petizion dell'eredità, che

me caduchi al fisco istesso si appartenevano per disposizione delle leggi anteriori, Adriano progettò una legge che non venne interamente adottata dal Senato, del di cui decreto esistono i frammenti nella l. 20. ff. *de haeredit. petit.*; che in fine Ulpiano il quale visse dall'anno 193 al 237 dell'Era Volgare sotto Severo fino a' due Gordiani, avendo impreso a comentare il *Senatus Consultum* con istile non molto intelligibile, con una frasiologia, che non è certamente quella del Secol d'oro, confuse spesso l'opinion propria e quella de' Giureconsulti che lo precedettero con l'opinione del Senato, ma ei nè volle nè poteva esser sua intenzione di distruggere il decreto che si era proposto unicamente di comentare e di rischiarare colla sua interpretazione, *optimum est ipsius Senatus Consulti interpretationem facere, verbis ejus relatis*, come lo stesso Ulpiano si esprime.

La dogmatica ci somministra le teorie sparse nell'intero corpo del dritto relativamente alla

forma l'oggetto delle nostre ricerche, e che fu così variamente comentato dai Giureconsulti, sul conto de' quali mi fo lecito di riportare l'espressioni del più gran conoscitore degli uomini, e dei rapporti morali, del saggio e virtuoso Tacito. *Nam cuncta legum, et Magistratum munia in se trahens princeps, materiam praedandi patefecerat, nec quicquam publicae mercis tam venale fuit, quam advocatorum perfidia.*

Adoratori del Romano dritto! Ecco i pregi della Giurisprudenza, che dopo 18 secoli estende ancora il suo onnipossente impero su di noi, ed è nostro malgrado norma delle sociali contrattazioni! Ecco a quai fonti dobbiam succhiare per dissetarci, e quali esser denno le nostre guide per la conoscenza del dritto positivo sulla petizion di eredità!

petizion dell' eredità, e la sua mercè noi apprendiamo, che pria della l. *ultim. cod. de haereditat. petit.* dell' Imperatore Giustiniano, in siffatti giudizi quando insorgeva quistione tra l'erede vero e l'erede putativo, il Tribunale de' Centumviri dovea preliminarmente decidere la quistione sulla spettanza della eredità, ma dopo essersi questa decisa, per un rispetto dovuto alla buona fede; se l'erede putativo avesse venduto i beni pria della contestazione della lite, doveasi sempre rispettar la vendita, ed il venditore non era tenuto se non a tutto o parte di prezzo, o a nulla secondo che trovavasi esistente o diminuito o distrutto l. 13. ff. *de except.*, 1. ff. *fam. erisc.*, 89. ff. *de legat. 2.*, 18. ff. *de haeredit. vendit.*, 44. ff. *de adquirend. haeredit.*, 18. ff. *quod. metus caussa.*

L' Escgetica in fine mettendoci in armonia co' tempi ne' quali le diverse leggi relativamente alla petizion di eredità sono state pubblicate, co' progressi e colla mobilità della scienza legislativa de' Romani, ne rende certi che Ulpiano lungi dal voler distruggere colla sua opinione la legge imperante, non meno che le leggi preesistenti, non fece che spiegarle in modo che il principio della buona fede che servì di norma (1) a' Legislatori

(1) *Quid nostrum, quid alienum legis civilis est*, diceva il celebre Tommaso Moro.

La norma delle leggi non è che l' utilità generale, e la norma del giusto e dell' ingiusto civile, non è nè deve essere che nella legge civile. Prenderla altronde è turbare, è rendere incerti i dritti civili, e le opinioni politiche; è metterli a discrezione di altri principi, e di private opinioni. Se sacro fu riputato in Roma il principio del rispetto dovuto al dritto di proprietà, non

di Roma dal tempo de' Decemviri sino al governo Imperiale, non è stato da Ulpiano nè modificato nè distrutto; che Marco Aurelio confermollo colla sua costituzione resa dall'anno 161 al 180; che Antonino e Severo non men che Diocleziano e Massimiano colle l. 2. e 7. *Cod. de petit. haereditat.* non hanno accordato al vero erede l'azion di revindica contro del compratore, ma han regolato il modo come il compratore dovesse restituire i frutti, nel caso in cui avesse potuto esser tenuto alla revindica a' sensi del *Senatus Consultum* di Adriano, cioè, *si regressum ad venditorem non habeat.*

Così la contraddizione di Ulpiano con Ulpiano è sparita! Così svanita è del pari la contraddizione delle leggi del Digesto con quelle del Codice! Così è sottomessa l'arroganza degli interpreti che han preteso di sostituire l'autorità propria a quella imponente delle leggi! Così in fine il trionfo della buona fede è assicurato per sempre, e questa norma sacra di giusto civile rivendicata dal dispotismo degli interpreti, dalla ignoranza de' compilatori, dalle perplessità de' Giudici, dalle contrarietà de' Comentatori siederà regina a presiedere ne' giudizi che colle norme dell'antico dritto debbono unicamente esser definiti e discussi!

Per queste considerazioni che il nuovo dritto ha sicuramente ritenute, rispettando la buona

men sacro è l'altro principio del rispetto dovuto alla buona fede, in che vive la vita delle contrattazioni sociali, e la pace delle famiglie, e queste due norme di giusto civile esigon egual rispetto, perchè egualmente dettate dal legislatore nello scopo di ottener l'utilità generale.

fede come norma di giusto civile, la Corte di appello di Caen con decisione degli 11 Febbraio 1814 dichiarò valide le vendite fatte da Dormont a Ribart e Louvet, rigettando l'azione di revindicazione intentata da Prepetil, e per queste considerazioni istesse la Corte di Cassazione di Parigi con sinodale arresto del 5 Agosto 1815 pronunziato *consultis classibus*, statui la massima tutelare della buona fede, e del riposo delle famiglie » che gli acquisti fatti dall'erede putativo » sono al coverto di ogni attacco, di ogni molestia per parte dell'erede vero, il quale vendendo un bene di cui reputavasi proprietario, non può dirsi di aver venduto la roba altrui, nè i terzi acquirenti possono esserne evitti per un omaggio alla buona fede, alla cui ombra essi contrattaron con lui.

Or vi sarà chi tra voi osi di dubitare della buona fede sia dell'acquirente Sig. Tocci, sia dell'alienante Sig. Jacuzzi, mentre essi fedelmente espressero nell'atto di vendita, che i beni di cui facevasene l'alienazione, eran sottoposti a vincolo di fedecommissio risoluto in persona di Francesco Saverio Jacuzzi padre del revindicante Luigi?

Vi sarà chi possa muoverne disputa se lo stesso attore conviene che fino al 1827 niuna istanza di decadimento si è mai promossa, e tutti riconoscevano in persona di D. Francesco Saverio Jacuzzi il fiduciario de' beni fedecommessati dal Sig. Moliterni?

Se questi fatti sono innegabili, come incontrastabili le teorie di dritto che ho avuto l'onore di rammentare alla vostra saviezza, io non oso più dubitare che la vostra giustizia non sia per troncar lo stame delle ingiuste persecuzioni del

Sig. Jacuzzi, assicurando il riposo di una famiglia che pel corso di trenta e più anni pacificamente possiede quei beni di cui ne ha ripetute volte pagato il prezzo, per un omaggio alla buona fede, e pel maggior trionfo della giustizia che tanto degnamente amministrate.

SULLA QUARTA QUISTIONE

§. 12. Ma se per poco si volesse far tacere l'autorità sacra della legge; se per poco si volesse soffocare la voce imperiosa della giurisprudenza, l'azion di revindica potrà ella essere ammessa pel fondo Gardo che fu aggiudicato al Sig. Dománico, dacchè il Sig. Tocci l'acquistò per la seconda volta con istrumento del dì 2 Dicembre 1811 pagandone per la seconda volta il prezzo? Potrà sperimentarsi sul fondo Santa Barbara che l'attore non ha giustificato di esser compreso tra i fondi fedecommessati dal Sig. Moliterni?

Ed in ogni caso la buona fede del venditore e del compratore possono far perdere al Sig. Tocci il prezzo, le migliorie, ed i frutti?

Son queste le quistioni che mi occuperò a risolvere colla maggior brevità che mi fia possibile, poichè mi avveggo essermi mio malgrado intrattenuto oltre il dovere nell'analisi della quistione precedente.

Signori — Che l'aggiudicazione non attribuisca maggiori diritti di quelli che il venditore vantava su' beni aggiudicati, è una massima sacra rispettata non meno dalle antiche che dalle nuove leggi (1); ma nella specie il Sig. Tocci

(1) Articolo 816 delle leggi di procedura civile, art. 70 della legge del 29 Dicembre 1828.

invoca la sentenza di aggiudicazione come giudicato che ha riconosciuto in persona di D. Francesco Saverio Jacuzzi la qualità di erede fiduciario de' beni fedecommessati da Moliterni, e questo giudicato, se mal non mi appongo, ha l'impronta sacra ed inattaccabile di legale verità, finchè non sarà co' mezzi ordinari od straordinari distrutto.

Ed in vero si sa che in materia di stato, ed in fatto di qualità la sentenza profferita con un contraddittore legittimo ha forza di cosa giudicata contro tutti, è dessa per l'avvenire una legge, fissa irrevocabilmente la sorte di colui in favore o contro del quale è stata profferita, e per servirmi del linguaggio degli antichi dottori, può fare *de non jure jus, de non ente ens* l. 25. ff. *de stat. hom.* l. 2. ff. *de agnoscend. lib.* 3. ff. *de collus. deteg.*

Si sa che la indivisibilità del carattere di erede, l'interesse generale della società di conoscere chi rappresenta stabilmente il defunto per le obbligazioni, ed i dritti dipendenti dalla successione, non lasciano alcun dubbio che il giudicato rende irrevocabile la qualità di erede (1).

(1) Vedi Merlin nel suo repertorio alla voce opposizion di terzi § 2. art. 7. ed alla voce *héritier* § 3. Lo stesso Merlin rappresentando l'avvenuto fra i coeredi della Marescialla de Crèquis ne desume come principio costante, *ce qui est jugé avec le seul héritier apparent, est également jugé contre tous les autres*, e ciò sulla considerazione, che i giudicati di qualità hanno la forza di giudicati anche tra le parti che non furono in causa.

Sirey nel vol. 24. pag. 40. riporta una decisione della Corte di appello di Pau del 4. Luglio 1823, e nel

Si sa finalmente che comunque al momento della discussione nella compilazione de' Codici fosse sorto il dubbio se i giudicati di qualità dovessero esser sottoposti oppur nò alle regole generali, il Consiglio di Stato dopo lunga disputa volle sottrarli dall' impero della legge generale stabilita dall' art. 1305, facendo una eccezione nell' art. 800. col quale si prescrive » Che l'erede non potesse più qualificarsi erede beneficiato quando avesse fatto qualche atto di erede, o vi sia stata contro di lui una sentenza passata in giudicato che lo condanna in qualità di erede puro e semplice » (1).

vol. 11. pag. 165. un'arresto della Corte di Cassazione di Parigi, coi quali si consacra la seguente massima.
 » La cosa giudicata contro al proprietario apparente si reputa giudicata contro al proprietario effettivo rimasto sconosciuto durante la lite, quando l'avversario ha dovuto, secondo le circostanze, considerare il proprietario apparente, come suo contraddittore legale, e necessario. »

Berriat Saint Prix nella sua procedura civile dice:
 » l'erede legittimo non è ammissibile a rendersi terzo opponente: 1. contro le sentenze profferite contro al curatore di un' eredità giacente, accettata in seguito da questo erede: 2. contro lo stato che ha goduto a titolo di eredità vacante: 3. contro l'erede apparente che n' era in possesso. Vedi dec. del 1702 in Denisart articolo curat. Vedi Jalbert 1815 24. dec. rig. 20 e 21 febbraio 1815. Racc. Alf. XI. 117. Vedi Addiz. all' art. *tierse opposition* § 9.

Lo stesso Berriat conchiude » che l'erede legittimo non potrebbe attaccare la vendita fatta da un erede apparente ad un acquirente di buona fede » secondo dec. cass. 11. frim. an. IX. e 3. agosto 1815. Jalbert 731.

(1) Risulta dalle conferenze, che la sezione di legislazione del Consiglio di Stato avea proposto un art. co-

Or se Francesco Saverio Jacuzzi com'erede fiduciario de' beni fedecommissati da Moliterni fu convenuto in giudizio dal Signor Domanico, se in tale qualità fu condannato a rilasciare il

si concepito » colui contro del quale un' eredità ha ottenuto una sentenza, anche in contraddizione, passata in giudicato, che lo condanna come erede, non è riputato erede in virtù di tal sentenza, se non riguardo al solo creditore che l'ha ottenuta. »

Berlier sostenne questa opinione nel Consiglio di Stato; Real l'ha vivamente combattuto, ed il sig. Loaré autore della raccolta delle conferenze tom. 4. pag. 52. appena riportate queste due opinioni termina il processo verbale con queste parole » *L' articolo è tolto, essendosi invece sostituito l' art. 800 sopra trascritto.* »

Or non risulta evidentemente da tutto ciò, che il giudicato di qualità giova a chiunque abbia interesse?

Oltre a ciò osserva giudiziosamente il dotto signor Martinangelo De Martino nelle sue *note* critiche a Toulhier, » 1. che la leg. dà la stessa forza all'atto di erede, ed al giudicato. Sarebbe assurdo, ed arbitrario, che l'effetto comune e generale si desse al solo atto di erede; e pel giudicato poi si creasse (giacchè non esiste) un effetto particolare e limitato: 2. era ozioso di spiegare che dopo perduta una facoltà con un giudicato, non si può usarla contro la stessa parte. E d'altronde fingasi di esservi cento creditori, sarebbe bizzarra, disse Bigat, di obbligare ciascuno creditore a far giudicare di nuovo la qualità di erede; 3. l'erede conserverebbe la facoltà di far inventario anche dopo il 99 giudicato; non potrebbe più farlo che dopo l'ultimo. Vale a dire la conserverebbe finchè gli fosse utile: la perderebbe quando più non gli giova. »

Se il giudicato di qualità giova a tutti gl'interessati, come privarne il sig. Tocci di tal beneficio? e se l'erede legittimo non è ammesso a produrre opposizioni di terzo avverso il giudicato pronunziato in contraddizione dell'erede apparente, come potrebbe la Gran Corte distruggere la sentenza definitiva del fondo Gardo, senza essersi nè anche un' opposizion di terzo prodotta?

fondo Gardo aggiudicato all'istesso Domanico creditore, da cui il Signor Tocci acquistollo pagandone per la seconda volta il prezzo, come si potrà il fondo istesso pretendere dal Signor D. Luigi Jacuzzi qual'erede di Moliterni coll'azione di revindica, sormontando l'ostacolo del giudicato che dichiara erede suo padre? Forse mi ingannerò, forse la passion della causa mi tradisce, ma finchè quel giudicato non sarà distrutto, io credo che l'azion di revindica contro del fondo Gardo debba essere dichiarata inammissibile.

§. 13. Nè meno inammissibile è l'azione diretta contro del fondo Santa Barbara.

Invero se uno era il fondo Santa Barbara compreso nel fedecommesso di Moliterni, avendo il Signor Jacuzzi istituito giudizio contro D. Leopoldo Giordano, come pretenderlo contemporaneamente dal Signor Tocci? Come lo stesso fondo Santa Barbara può raddoppiarsi in persona di due possessori diversi? E se Jacuzzi non ne ha provato l'identità, ciocchè era pure a suo carico giusta la l. 6. ff. *de rei vindicat.*, e l'articolo 1269 l. c., come potrebbe farsi dritto alla sua domanda? Io non oso temerlo dalla vostra religione e dalla vostra giustizia.

§. 14. Ma in ogni caso Tocci potrà perdere il prezzo, le migliorie, i frutti de' fondi de' quali da trent'anni nella massima buona fede ne ha fatto l'acquisto e goduto il possesso animo domini?

È questa l'ultima interessante quistione che io propongo alla vostra saggezza, e che richiamar dee tutta l'attenzione di questa Gran Corte, ove disgraziatamente le quistioni precedenti potessero risolversi in danno del Signor Tocci.

Signori — Non vi ha materia che presenti tante difficoltà, tante dubbiezze, e forse anche (mi sia lecito il dirlo) tante contraddizioni nel dritto Romano, quanto quella che riflette l'estimazione delle spese fatte dal compratore di un fondo per migliorarlo, il modo come debba esserne rimborsato, il modo come debbano valutarsi i frutti, il dritto che ha il compratore a ritenerli, o l'obbligo a farne la restituzione, in fine se vi ha caso in cui il compratore possa essere dal rivendicante indennizzato anche del prezzo pagato al venditore illegittimo.

Ed invero in quanto all'estimazione ed al rimborso delle spese utili e necessarie fatte sul fondo evitto, la l. 36. ff. *de haereditat. petit.* decide che se siano state fatte dal possessor di mala fede, comunque per rigor di dritto dovesse perderle, pure per equità gli si debbe il rimborso; *non enim debet petitor ex aliena jactura lucrum facere.*

Per l'opposto nella l. 5. *Cod. de rei vindicat.* si consagra una massima tutta contraria, poichè ivi si dice: *ejus quod impendit malae fidei possessor, rationem haberi non posse merito rescriptum est.*

In quanto poi al possessor di buona fede la l. 36. ff. *de haeredit. petit.* decide, ch'egli possa senza difficoltà ripetere tali spese, *repeti impensas*, mentre il possessore di mala fede *de se queri debet, qui sciens in rem alienam impendit.* Ma in contraddizione di tal massima che sembra fondata sulla giustizia, sulla ragione, e sull'equità, la l. 48. ff. *de rei vindicat.* decide, che anche per tali spese il possessore di buona fede debba compensare i frutti percepiti

pria della contestazione della lite; *scilicet si fructuum ante litem contestatam perceptorum summam excedat, etenim admissa compensatione, superfluum sumptum, meliore pretio facto, dominus restituere cogitur.*

Altra contraddizione si rinviene nelle leggi Romane, allorchè si cerca sapere se il rivendicante debba rimborsare al possessore le spese utili fatte per migliorie che più non esistono.

La citata l. 38. ff. *de haeredit. petit.* decide per l'affermativa, *licet res non extet*, mentre per l'opposto la l. 38. ff. *de rei vindicat.* decide che non si debba il rimborso a colui che soffre l'evizione, se non fino alla concorrenza dell'aumento del valore ch'egli ha procurato al fondo, *in quantum fundus pretiosior factus est.*

Infine sulla quistione se il rimborso delle spese utili debba farsi egualmente al possessor di buona o di cattiva fede, non s'incontra nè minor dubbio, nè minor contraddizione, comunque tutti gl'interpreti del dritto convengano nella massima generale, che niuno deve arricchirsi sulle spoglie altrui, perchè la l. 27. ff. *de rei vindicat.* decide, che il rimborso debba egualmente farsi all'uno ed all'altro, mentre la l. 37. dello stesso titolo, e la l. 5. *Cod. eod.* decidono per l'opposto, che il possessore di mala fede ha il solo dritto di togliere i miglioramenti che ha fatti, ove ciò possa effettuarsi senza depreziare il fondo, senz'accordargli mai dritto al rimborso (1).

(2) Garzia *de expensis* cap. 6. n. 14. insegna, che le spese fatte per migliorie, che più non esistono, in

Fin qui delle miglione; ma non minori contraddizioni s' incontrano nelle leggi Romane circa la pertinenza de' frutti del fondo evitto, nonchè de' frutti prodotti da' miglioramenti quivi fatti dal possessore.

Invero la l. 2. *Cod. de haereditat. petit.* si esprime così; *Si post motam controversiam Menecratis bonorum partem dimidiam Musaeus ab haerede scripto quaestionis illatae non ignarus comparavit; tam ipse quasi malae fidei possessor, quam haeredes ejus fructus restituere coguntur. Si vero venditionem lite antiquiorem esse liquido probetur, ex eo die fructus restituantur, ex quo lis in judicium deducta est. Fructibus enim augetur haereditas, cum ab eo possidetur a quo peti potest. Emptor autem qui proprio titulo possessionis munitus est, etiam singularum rerum jure convenitur.*

È chiaro che gl' Imperatori Antonino e Severo propongono in questa legge le quistioni se il compratore evitto debba restituire, ed in qual

niun caso debbono rimborsarsi dal revindicante, perchè, egli dice » il principio fondamentale in questa materia » è che niuno deve arricchirsi a spese altrui: da ciò » appunto deriva l'obbligazione imposta al proprietario, » di rimborsare i miglioramenti fatti da un estraneo sopra il di lui fondo. Ora può mai dirsi che il proprietario si arricchisse delle spoglie del possessore, allorchè veramente la cosa migliorata più non esiste? »

» D'altronde come mai sostenere, che tali miglioramenti appartengono al proprietario, e che res domino perire debet, mentre che noi vediamo le leggi considerare il possessore come padrone delle sue spese, ed accordargli la ritenzione sino al rimborso? »

modo, ed in qual ragione i frutti percepiti, ed essi rispondono che la regola *fructus augent hereditatem* è applicabile alla petizion di eredità che compete contro coloro *qui possident vel pro haerede, vel pro possessore*, ossia contro l'erede putativo venditore, il quale possedeva credendo di appartenergli i beni ereditari. In quanto al compratore poi, essi dicono, ch'egli può esser tenuto alla restituzione de' frutti non altrimenti che *jure singularum rerum*, ossia coll'azione di revindica. Or per effetto delle l. 3. e 22. c. *de rei vindicat.* il possessor di mala fede dee restituire tutt' i frutti, sia prima, sia dopo la contestazione della lite, *debet omnes fructus cum ipsa re praestare*, il possessor di buona fede solo i frutti *extantes* pria della contestazione della lite, dopo *universos*.

Ma è lo stesso per le leggi del Digesto? Gothofredo sulla l. 22. c. *de rei vindicat.*, Vinio nelle sue quistioni scelte, Fachineo nelle sue controversie *juris*, Cujacio nelle sue osservazioni lib. 2. cap. 38., Noodt, Donello, Voet, Ubero, fanno mille distinzioni tra frutti naturali, naturali in ispecie, o civili ed industriali, tra frutti con cura, e con cura e coltura, tra frutti maturi, pendenti, separati dal suolo, percepiti, e da percepirsi; tra frutti consumati, e non consumati, e presentano di quistioni un campo feracissimo a percorrere, il quale mancherebbe la forza anche ad un velocipede.

In fatti confrontando la l. 48 ff. *de adquir. rer. dom.* le leggi 20. e 40. ff. *de haered. petit.* la legge 25. ff. *de usuris*; la l. 22. c. *de rei vindicat.*, il § 35 delle istituzioni di Giustiniano *de rerum divisione*, si troverà che nella

prima i frutti percepiti si attribuiscono al possessore di buona fede, *interim*; nella seconda e terza tutt' i frutti *augment haereditatem*, e debbono restituirsi in conseguenza a colui che la domanda; nella quarta si prescrive che il compratore di buona fede fa suoi i frutti dopo essersi separati dal suolo; in fine nelle istituzioni Giustiniano attribuisce al possessore tutt' i frutti percepiti, senza parlar di compensazion di frutti colle migliorie, come insegnava Papiniano nella legge 48 ff. *de rei vindicat.*

Per ultimo non s'incontra minor imbarazzo nel voler sapere quando cessa la buona fede, e con essa il dritto che ha il possessore di far suoi i frutti percepiti.

In fatti nella l. 23 ff. *de adquir. rer. dom.* si consagra che nella percezione de' frutti la buona fede deve esistere in ciascuno istante, mentre di ciò se ne fa un dubbio nella legge 48 dello stesso titolo.

Nella legge poi 25 ff. *de usuris*, e nella l. 22 c. *de rei vindicat.* la buona fede non si ha per cessata se non dopo la contestazione della lite, quindi neanche la citazione bastava a distruggerla, perchè si sa che giusta la ritologia forense de' Romani la citazione precedeva la contestazione della lite.

Il Voet sul Digesto l. 41. tit. 1. num. 33 sostiene, egli è vero che i frutti doveansi dal giorno in cui poteva provarsi la mala fede, ma egli stesso confessa sull' autorità di Grozio e di Leuven, che ciò non era osservato nella pratica, e che tanto in Olanda che nel Belgio sempre dal giorno della contestazione della lite il possessore condannavasi alla restituzione de' frutti, e l' istes-

so avea luogo in Francia, come c' insegna Merlin alla voce *fruits* n. 4., e tra noi, come ci assicura Afflitto decis. 59. n. 2.

In quanto al prezzo pagato dal possessore del fondo che soffre l' evizione si osservano contraddizioni minori, ma il dritto non lascia di esser meno dubbio ed incerto.

In fatti se si percorrono le 80 leggi, che compongono il tit. 1. lib. 6. *de rei vindicat.* in nessuna di esse si parla di prezzo, in nessuna vien prescritto che il possessore di buona fede, oltre della cosa, dovesse oppur no perder anche il prezzo pagato.

Solamente nella l. 15. dello stesso titolo Ulpiano dice che se alcuno *rem ex necessitate distraxit, non amplius quam pretium prae-stabit*, e così mentre tutte le leggi in quel titolo racchiuse, e specialmente i responsi di Paolo, di Giuliano, e Papiniano attribuiscono al possessore di buona fede i frutti, le spese, e le migliorie *ante litem contestatam*, niuno ci fa sapere se il revindicante sempre, ed in tutt' i casi possa ripetere la cosa, senza esser nell' obbligo di rimborsare il prezzo al possessore (1).

(2) La nostra proposizione non è men fondata, comunque nelle leggi 15, 17, 23, 46, 47, 65, e 68 si parlesse di prezzo.

In fatti nella leg. 15. ff. § 1. si prevede il caso, che il possessore avesse per necessità distratta la cosa evitta, e nel § 3. si prevede il caso, che il servo, o l' animale evitti fossero periti senza colpa del possessore, ed in tai casi Ulpiano decide, che mancando la cosa cui il revindicante avea dritto, si debba al medesimo il prezzo.

Nella l. 17 il possessore è anche tenuto al prezzo, quando fosse stato ucciso il servo evitto,

Percorrendo per l'opposto le 28. leg. racchiuse nel tit. 23. lib. 3. *Cod. de rei vindicat.* troviam le leggi 3. e 23., nella prima delle quali l'Imperatore Alessandro dice, che la donna maritata, cui il marito in sua contraddizione avesse venduto il fondo, o la figlia de' di cui beni la madre avesse fatta vendita, poteano *vindicare rem a possessore, non oblato pretio.* E nella l. 23 gl'Imperatori Diocleziano e Massimiano prescrivono che colui il quale revindica una cosa vendutagli da chi l'avesse tolta per *vim vel furtim, vel ex nulla alia justa causa*, non avesse obbligo di pagarne il prezzo. *Si mancipium tuum per vim vel furtum ablatum,*

Nella l. 23. è tenuto al prezzo il possessore la di cui cosa per *prævalentiam* ha dovuto per dritto di acceSSIONE accedere a colui, che vi avea fatta una pittura, una scrittura ec, ed anche in questa specie il prezzo *cedit in locum rei*, cui unicamente avea dritto il revindicante.

Nelle leggi 46, e 47. si propone il caso, in cui l'attore rivendicante si contenta di aver piuttosto il prezzo della cosa da lui stesso fissato con giuramento avanti al Giudice, che la cosa medesima. In fine nella legge 68. si prescrive che colui il quale è condannato a restituir la cosa revindicata, e non la restituisce, sarà obbligato a restituirla mediante la forza pubblica, ove ne sia in possesso. Quando abbia cessato di possedere senza dolo, sarà obbligato a pagare il giusto prezzo, cioè *quanti res est*; ove finalmente abbia cessato *dolo malo* di possedere, sarà obbligato a pagare quanto all'infinito l'attore determinerà col suo giuramento.

Ma si avverte bene, che in tutt' i casi contemplati nelle leggi citate il prezzo si deve al revindicante in luogo della cosa alla quale unicamente ha dritto, ma nulla si dispone sulla quistione, se il possessore evitto, che restituisce la cosa revindicata, debba perdere il prezzo, o se debba invece essere rimborsato, e da chi.

alii ex nulla justa causa distraxerunt, vindicandi tibi dominium, solvendi pretii nulla necessitas irrogetur. Ed il Gothofredo nelle note su dette leggi cita come concordi la l. 2. c. *de furt.* la l. 2. c. *de rei dom.* la l. 2. c. *de praescript. 30. vel 40. ann.* la l. 32. §. 4. ff. *de administrat. et periculo tut.* soggiungendo *vide tamen exceptiones apud Socinum reg. 439.*

Il silenzio serbato nelle leg. del Digesto, l'eccezione stabilita nelle due leggi citate del codice, sembra ammettere indubitatamente l'esistenza di una regola generale, cioè che quando la vendita non si è fatta da colui che violentemente, o per mezzo del furto si era impossessato della cosa, quando la vendita non si è fatta da un marito, da una madre, da un tutore che colla loro autorità poteano imporre alla moglie, alle figlie, alle pupille, la revindica ben potea farsi, previo però il rimborso del prezzo al possessore evitto, quando fosse stato di buona fede, e queste sono appunto l'eccezioni fatte da Socino, a cui ci rinvia il giudiziosissimo Gothofredo.

Intanto a siffatto ragionamento che sembra fondatissimo, resiste apertamente la l. 16. c. *de evict:* colla quale Diocleziano e Massimiano prescrivono in modo generico ed assoluto: *Nam super pretio evictae portionis non eum qui dominium evicerit, sed auctricem convenire consequens est.*

§. 15. Gl' Interpreti, i Dottori, i Forensi supplendo al difetto delle leggi, alle quali secondo al solito sostituiscono spesso l'autorità propria, ci danno delle regole per servir di norma a' giudizi di revindica, ma queste non sono meno con-

traddittorie delle leggi che si propongono di soccorrere, e de' responsi de' Giureconsulti che si propongono d' illuminare, come è da vedersi in Cujac. lib. 6. tit. 1. ff. *de rei vindicat.* Vinnio *part. jur.* lib. 3. cap. 35.; Ubero *praelect. jur.* lib. 5. tit. 3. e lib. 6. tit. 1., Noodt *comm.* al lib. 6. tit. 1. ed al lib. 5. tit. 3. del digesto.

In fatti Fabro appoggiandosi alla l. 36. ff. *de haereditat. petit.* insegna che al possessor di mala fede non si accorda la ripetizione delle spese utili; che l' espressioni *habere rationem* indicano doversi avere un riguardo al possessore di mala fede per le spese fatte, e niente dippiù; che tal riguardo consista nella facoltà accordatagli dalla l. 37. ff. *de rei vindicat. ut sine dispendio domini areae tollat aedificium quod posuit.*

Cujacio per l' opposto lib. 10. cap. 1. e sulla legge 48. ff. *de rei vindicat.* insegna che la l. 5. c. *hoc tit.* esprime ciò che sarebbe a rigor di dritto *jus strictum*, ma che tal rigore sia stato temperato dalla restrizion contenuta nella l. 38. ff. *de haereditat. petit.* ch' è fondata sulla equità e la buona fede, *strictae scripturae*, dice Cujacio, *licet addere benignam interpretationem ex aliis legibus.*

Sulla interpretazione poi della l. 38. ff. *de haereditat. petit.*, e 38. ff. *de rei vindicat.*, relativamente al rimborso delle spese utili fatte per migliorie, che più non esistono, molti Interpreti nel fine di conciliarle, sostengono, che la prima delle leggi citate è applicabile alla petizion dell' eredità, mentre la seconda applicar si deve esclusivamente alla revindica di oggetti singola-

ri; ma Cujacio, Fabro, Arpretto, Vinnio, tutti concordemente han rigettata siffatta distinzione, e tutti unanimemente insegnano, che il rimborso debbasi sempre al possessore evitto, quando anche la miglioria non esistesse più, per la gran ragione che la perdita occasionata da un caso fortuito, non può nuocere che al proprietario, e quindi le migliorie come inerenti al fondo non periscono che per colui al quale il fondo appartiene.

Cujacio poi non fa distinzione tra possessore di buona o cattiva fede, relativamente al rimborso delle spese utili, e del suo avviso è ancor Molineo sulla consuetudine di Parigi §. 1. glos. 5. (1).

Per l'opposto Fabro fondandosi sulla l. 5. *c. de rei vindicat.* insegna che il possessor di mala fede non ha altro dritto se non di togliere i miglioramenti, e Garzia *de expensis* cap. 6. num. 14. porta tant' oltre l'opinione di Fabro da sostenere che il possessore di mala fede non

(2) Cujacio nelle sue osservazioni lib. 10. cap. 1. marca le seguenti differenze tra la petizion dell'eredità, e l'azion di revindicare *inter petitionem hereditatis, et specialem in rem actionem.*

1. *Illa est mixta; haec nudam rem persequitur.*

2. *In illa fructus præteriti veniunt; in hac non item.*

3. *Illa in eum tantum datur qui pro herede, vel pro possessore possidet, haec etiam in alium possessorem, quia scilicet quoquo quis titulo possideat, dum accipit iudicium specialem in rem, domini controversiam facit hereditario nomine, jurisque controversiam non facit, nisi qui pro herede, vel pro possessore possidet.*

4. *Actione petit. heredit. cogi potest possessor ti-*

possa pretendere ne anche il rimborso delle spese necessarie, quando le avesse fatte su di una cosa mobiliare involata, o su di un fondo usurpato per forza, o per violenza, fondandosi sulla l. 1. c. *de infant. exposit*, e sulla l. 13. ff. *de condict. furtiv.*, perchè in questi casi, egli dice, la mala fede è maggiormente marcata, *abundat mala fides in invasore violento vel in fure rei alienae*.

tulum suae possessionis dicere; actione rei vindicatione non potest l. 11. c. de hereditat. petit.

4. *Illā est actio bonae fidei, haec arbitraria.*

Pothier in *Pandect. Justi.* riunendo in un istesso titolo le leggi del digesto e del codice insegna, che nell'azion di revindica il possessore ha dritto di essere rimborsato. 1. Di ciò che ha pagato al creditore che avea in pegno il fondo, non che degl'interessi compensandosi co' frutti. 2. Delle spese necessarie, nel che non avvi distinzione tra possessore di buona, o di cattiva fede. 3. Delle spese utili il solo possessor di buona fede compensandole coi frutti percepiti, mentre il possessor di mala fede ha solo dritto di togliere le migliori, quando ciò potesse farsi senza depreziare il fondo. Per l'opposto nell'azione di petizion di eredità insegna, che il possessore deve dedurre. 1. Ciò che ha pagato ai creditori ereditari, a nome dell'eredità, quando il pagamento sia stato fatto in buona fede l. 31. ff. 2. Ciò che è dovuto allo stesso possessore quando egli possedesse in buona fede, perchè se è possessore di mala fede non vi ha deduzione alcuna. 3. Si deve dedurre ciò che fu speso per i frutti delle cose ereditarie, cioè le spese per farli nascere, raccogliere, e conservare, e ciò tanto pel possessor di buona che di cattiva fede. Il possessor di buona fede però se avesse fatto delle spese senza percepir frutti, ha dritto di esserne rimborsato. 4. Riguardo le altre spese necessarie, ed utili, come quelle fatte per restaurare gli edifici, e far nuove piantagioni, il possessor di buona fede potrà metterle in conto, il possessor di mala fede non avrebbe dritto al rimborso, ma per equità gli si ammettono quantevolte il miglioramento esistesse.

Ecco leggi di diversi Imperatori, responsi di diversi Giureconsulti (e qualche volta leggi e responsi di un istesso Imperatore, e di un istesso Giureconsulto di diversa data, e per casi e circostanze diverse) che si divorano l'un l'altro, tutti riuniti nello stesso titolo, e tutti aventi l'autorità di legge d'ordine dell'Imperator Giustiniano!

Ecco opinioni d'Interpetri che a vicenda si collidono, e si distruggono, e che intanto s'invocano indistintamente ne' giudizi secondo il diverso modo di opinare de' Giudici, per farne da esse dipendere la sorte ed il destino de' litiganti!

In mezzo a tante dubbiezze, a tante contraddizioni, qual sarà la norma da seguirsi dal Magistrato filosofo? Quella che ci suggerisce lo spirito e la ragione della legge *vis ac potestas legis* (1), quella che ci somministra il principio che campeggia in tutte le leggi del Digesto e Codice sulla materia, cioè *nemo locupletari debet cum aliena jactura* (2); quella in fine che ci additano le leggi nuove le quali possono e debbono invocarsi nella specie senza tema d'incorrere nel vizio della retroattività, sì perchè di-

(1) *Scire leges non est verba earum tenere, sed vim, et potestatem: Celsus.*

(2) Questo principio ha servito di norma a tutt' i giureconsulti, ed a tutti gl' Imperatori autori delle leggi riportate tanto nel digesto che nel codice sotto i titoli *de rei vindicatione*, non che a tutti gl' interpreti, che han professato opposte dottrine. Desso quindi come unica norma di giusto civile deve esclusivamente determinare i dritti, e gli obblighi del possessore del fondo evitto giusta il precetto del Gran Bacone nel suo *aforis.* 5.

chiarative dell'ambiguità delle leggi antiche (1), sì perchè sotto il di loro impero si è promossa l'azione di revindica, che forma l'oggetto del presente piato. Or si consultino gli articoli 474, 475, 480, 1335, e 2174. l. c., e si vedrà che Tocci come possessore di buona fede dee attribuire a se tutt' i frutti, tutte le miglierie, senza obbligo di compensare i frutti co' miglioramenti (2), che la buona fede è in lui presunta, e che

(1) *Statutum explanatorium claudit rivos statuti prioris, nec recipitur postea extensio in alterutro statuto.* Bacon. aforis. 18.

Vedi Sirey cod. an. art. 2, e Merlin trattato sull' effetto retroattivo cap. 14.

(2) Le nuove leggi, bandite le sottigliezze degli antichi giureconsulti e le contraddizioni dell' antico dritto, prescrivono. 1. Che il possessore si reputa di buona fede sino alla pruova in contrario, e che la pruova legale della sopravvenuta mala fede debba unicamente dipendere dalla dimanda giudiziaria di colui che revindica. 2. Che faccia suoi tutt' i frutti percepiti fino a quell' epoca. 3. Che il possessor di mala fede debba render conto di tutt' i frutti realmente percepiti, e di quelli che il proprietario avrebbe ritratti se avesse potuto godere della sua proprietà. 4. Che è tenuto al risarcimento de' danni cagionati per la sua negligenza. 5. Che le deteriorazioni occorse durante il possesso di buona fede e quelle avvenute per caso fortuito non sono imputabili al possessore, mentre il possessor di mala fede è tenuto alle une ed alle altre. 6. Che il possessor di buona fede ha dritto ad un rimborso delle opere di miglioramento sol che abbia principiato a goder di buona fede, nè può esser costretto a rilasciar la cosa, se prima non le ottenga dal proprietario che la revindica. 7. Che infine i rimborsi dovuti al possessor di buona fede non si compensano co' frutti, come prescriveva la legge 48 ff. *de rei vindicat.* art. 474, 475, 480, 1204, 1328, 1333, 1336, 1337 leg. civili.

Solo nel caso di devoluzione avvenuta per colpa

non può dirsi cessata, se non nel dì 19 Dicembre 1829. epoca della dimanda giudiziale intentata dal Signor Jacuzzi, dal quale tempo comincia l'obbligo della restituzione de' frutti, ove la revindica venisse ammessa. Questo è il voto della legge, e questi sono i dettami di quella giustizia universale ch'è lo scopo, e la guida di ogni buona legislazione.

L'articolo 1703. l. c. dispone, egli è vero, che nel valutarsi le migliorie debba attendersi il meno tra lo speso ed il migliorato, ma ciò si verifica solamente nell'enfiteusi, quante volte la devoluzione sia accaduta per colpa dell'enfiteuta, perchè l'enfiteuta ha fatto le piantagioni su di un fondo che conosceva di appartenere ad altri per dominio diretto, e si sa che l'eccezione conferma la regola (1).

Or se Tocci non fu mai enfiteuta, ma sibbene possessor di un fondo che comprò in buona fede, dacchè credevasi a buon dritto padrone,

dell'enfiteuta, l'art. 1703 prescrive, che questi abbia il dritto di pretendere il compenso per le migliorie, attenendosi al meno tra lo speso ed il migliorato; ma ciò perchè? Perchè nell'enfiteusi si riconoscono due padroni, il diretto, e l'utile, e le migliorie che ha fatto il padrone utile sapeva di farle su di un fondo che non era suo, per cui non può giovargli della buona fede, ed è altronde giusto che una porzione del prezzo delle migliorie istesse ceder dovesse in favore del proprietario del suolo, senza del quale le migliorie non avrebbero esistito. Vedi Voet in pandect. lib. 6. Perezio al cod. sull'enfiteusi, n. 16, novella 7. cap. 3, e novella 120.

(1) *In statutis quae sunt enumerativa casuum particularium extensio facienda est cautius. Nam ut exceptio firmat vim legis in casibus non exceptis, ita enumeratio infirmat eam, in casibus non enumeratis.*
Lucc. Aph. 17.

esin buona fede possedè pel corso di circa anni 30, se in questo intervallo sacrificò tutte le sue risorse per migliorare i fondi di cui si è triplicato il valore per opera della coltura, della sua industria, e de' tesori che vi ha versati, come privarcelo senza rendersi ribelle a quel principio di ragione e di dritto, che vieta di potersi arricchire a danno altrui? No, io non oso temerlo da questa G. C., poichè vi so saggi, giusti, ed esatti esecutori della legge che ha la filosofia, e la ragione per guida, che ha la legge eterna della natura per norma, e che seguendo i sacrosanti precetti della Religione, e della morale, nel che consiste la bontà assoluta di ogni legge (1), con voce imperiosa vieta che alcuno possa arricchirsi a danno altrui, e molto più a danno di un possessore che all' ombra tutelare della buona fede acquistò i fondi da chi era riputato padrone legittimo, pagandone ripetute volte il prezzo.

CONCHIUSIONE

SIGNORI — Io cesso ormai di compromettere ulteriormente la vostra sofferenza, pienamente convinto della vostra saggezza, della vostra religione, e della vostra giustizia.

Sol mi permetto di rassegnarvi che ove l'azione di revindica venisse ammessa, dessa non

(1) » Io chiamo bontà assoluta delle leggi (dice » Filangieri scienza della legislazione tom. 1. pag. 63) » la loro armonia coi principi universali della morale come » mune a tutte le nazioni ed a tutt' i governi, ed adattabili » a tutt' i climi. » E nella pag. 70. soggiunge. » L'altro oggetto della bontà assoluta delle leggi è » la rivelazione.

profitterebbe al Signor Jacuzzi, che continuerebbe a rimaner coverto dei cenci che ascondono la sua nudità, ma sibbene al potente cessionario che colla mentita maschera del cedente, interessando la vostra pietà, insidia la vostra giustizia, e che non contento di sue ricchezze agogna l'onesta fortuna del Signor Tocci.

Dietro questa prevenzione, ite o Giudici, ite e giudicate con quella imparzialità che vi distingue, e con quella giustizia che è sempre l'impronta delle vostre decisioni sovrane.

C. M.

CONTINUAZIONE

DELL' ANALISI

DELLE QUISTIONI PROPOSTE

APPLICATA ALLA DECISIONE.

T R A

JACUZZI E TOCCI



Ubi jus et fas sinunt, causam fortiter a-
deat advocatus; defensionis clientis incum-
bat tanto fortius, quanto adversus poten-
torem partem, et proprio quantumvis pe-
riculo.

Posteritatem cernens, in memoriam revocet
quod numquam

» Sanguine caudicibus maduerunt rostra pusilli »
Juvenal. Sat. 10.

Præcipuum igitur advocati officium est:

» Vitam impendere vero. »

Quintil. lib. 12. cap. 7.

LA Gran Corte pronunziando nella causa di cui è oggetto nella soprascritta memoria, con decisione del 2 Aprile 1838 dispose quanto siegue.

DICHIARA

- « 1. Che D. Ferdinando Tocci è decaduto dal
- » dritto di provare l'epoca della nascita di Lui-
- » gi Jacuzzi accordatagli colla decisione de' 10.
- » Novembre 1837.

» 2. Dichiarò oziosa l'iscrizione in falso contro la prima fede parrocchiale de' 26. Settembre 1829, concernente il battesimo del suddetto D. Luigi.

» 3. Rigetta la minaccia di falso contro il libro parrocchiale, e contro la seconda fede rilasciata a 21 Novembre 1837.

» 4. Dichiarò che non vi è luogo a provvedere ulteriormente sul falso contro la copia del testamento di D. Antonio Moliterni, dapprima esibita.

» 5. Rigetta la minaccia di falso contro l'altra copia dello stesso testamento esibita di recente.

» 6. Nel merito senza arrestarsi alle varie eccezioni proposte per parte del Sig. Tocci, anche in via di appello incidente, ed alla richiesta pruova testimoniale, che rigetta, fa dritto all'appello di Luigi Jacuzzi; rinvoca la sentenza emessa dal Tribunale Civile di Cosenza a 12. Marzo 1834, e facendo quello che avrebbe dovuto fare, condanna D. Ferdinando Tocci a rilasciare in beneficio del Sig. Jacuzzi, gl'immobili Parridi, Macchia della Guardia, e Gardo, quali furono venduti da Francesco Saverio Jacuzzi coll'istrumento del 12. Ottobre 1808, ed a restituire in di lui favore anche i frutti percepiti mediante reddicon- to, dal dì 19 Dicembre 1829 fino all'effettivo rilascio.

» 7. Condanna però il Sig. Jacuzzi a rimborsare Tocci di tutte le migliorie che siensi potute fare nei cennati fondi, dopo l'espressa vendita, ed a pagarsi il prezzo offertogli in D. 4200, quantevolte a riguardo di tal prez-

» 20. accetti l'offerta correlativa fra il termine
 » di mesi due, dalla notifica della presente deci-
 » sione alle parti.

» 8. Le suddette miglitorie saranno verificate
 » mediante regolare perizia, attenendosi al me-
 » no tra lo speso ed il migliorato.

» 9. Accorda intanto al Sig. Tocci il dritto
 » di ritenersi i detti immobili fino al rimborso
 » effettivo del valore delle miglitorazioni, ed al
 » pagamento del prezzo, ove venga come sopra
 » accettato.

» 10. Pria di provvedere poi a riguardo del
 » rilascio dell'altro fondo S. Barbara, faculta il
 » Jacuzzi a provare con periti l'identità contra-
 » stata, cioè che il fondo di tal nome da Toc-
 » ci posseduto, era pure compreso nel fedecom-
 » messo Moliterni; ed ove discordassero le par-
 » ti nella elezione di uno, o più periti, nel ter-
 » mine di legge, ne saranno nominati tre dal
 » Sig. Presidente del Tribunale Civile suddetto,
 » che rimane delegato a riceverne anche il giu-
 » ramento.

» 11. Dichiaro non farsi luogo a provvedere
 » sulla garentia, per lo che riserba ogni dritto
 » che possa competere al Sig. Tocci, da speri-
 » mentarlo ove, e come convenga. Le spese ri-
 » servate.

» L'esecuzione ai primi giudici.

Con tutto il rispetto dovuto agli estesissimi
 lumi, ed alla saggezza della Gran Corte Civile,
 ci permettiamo di rassegnare brevi, ed umili os-
 servazioni su di ciascuna parte del ragionamen-
 to che sostiene il dispositivo della decisione in-
 disame, e che ci facciamo un pregio di fedel-
 mente trascrivere.

1. *Quegli che non profitto del termine utile per dimostrare un fatto pertinente alla Causa, debbe dichiararsi decaduto dal dritto della pruova cui era stato abilitato?*

2. *Riconosciuto, coll' esibizione del documento originale, un' errore incorso nella Copia, vi è luogo a versare sul falso intentato a riguardo di tal copia?*

3. *Ma la minaccia del falso proposta pure contro del documento originale, debba rimanere rigettata, se le circostanze della Causa ne dimostrano l'insussistenza?*

4. *Vi è luogo a provvedere ulteriormente sul falso a riguardo della copia del testamento di D. Antonio Moliterni, se un giudicato avea già dato termine all'incidente?*

5. *Può darsi corso ad altra minaccia di falso, contro un'altra copia dell'istesso documento ritenuto come vero, se manifesti argomenti fan conoscere che sia cavilloso?*

6. *È egli vero in fatto che D. Francesco Saverio Jacuzzi, controvenendo alla legge del fedecommeso, non avea assunto, all'epoca dell'abolizione dei fedecommissi, il cognome e lo stemma della famiglia dell'istituente Sig. Moliterni?*

E quando anche il fatto fosse certo, tale omissione avrebbe potuto farlo decadere, senza una monizion preventiva del Magistrato, dal fedecommeso di cui si tratta?

Ne sarebbe poi decaduto sol perchè non fece dimora nel Comune, che gli era stato dal testatore designato?

7. *Ma debbe stimarsi alla suddetta epoca decaduto di pieno dritto perchè si era per-*

messo di alienare, contro il divieto espresso dell' istituyente, colla pena della decadenza dell' immediato passaggio dei beni a prò del sostituto?

8. Nell' affermativa, lungi dal crederci in lui disciolto il fedecompresso, deve in vece riputarsi risoluto in beneficio di suo figlio D. Luigi Jacuzzi, e non della zia D.^a Francesca Jacuzzi?

9. Se siasi sciolto nelle mani di D. Luigi Jacuzzi, l' azione di revindicazione a riguardo di taluni beni alienati dal padre dopo la legge eversiva della sostituzione, può essere vinta dal terzo possessore, sol perchè dica di doversi primordialmente contendere in quanto alla decadenza, coll' erede apparente venditore, messo per altro in causa nella persona dei suoi rappresentanti, e perchè assume di aver comprato nella buona fede dal suddetto erede apparente, all' epoca cennata?

10. Reggono in fatto l' eccezioni della prescrizione, e della esecuzione volontaria, e può dirsi pertinente la pruova testimoniale, in ordine alla cennata esecuzione?

Ha fondamento l' altra eccezione per il fondo Gardo, espropriato a danno di D. Francesco Saverio Jacuzzi, e comprato dall' aggiudicatario Sig. Domanico?

11. Ove non si possa vincere l' azione di revindicazione colle menzionate eccezioni, il compratore di buona fede, può essere astretto a restituire i frutti percepiti pria del dì della dimanda?

Ha inoltre dritto al rimborso delle migliorazioni, ed a ritener gl' immobili sino a tale rimborso?

Ed ove il revindicante abbia volontariamente offerto il rimborso pure del prezzo, con talune condizioni, debbesi mettere il compratore nello stato di poterne, ove il voglia, profittare?

12. *Se in quanto al fondo S. Barbara sorgono dubbiezze sull'estremo dell'identità, occorre che sieno esse deleguate con appositi mezzi d'istruzione?*

13. *Può provvedersi su di una domanda di garanzia, affacciata per la prima volta in appello?*

14. *Spese?*

SULLA 1.^a QUISTIONE

» Considerando che la decadenza dal dritto di
 » provare l'epoca effettiva della nascita di D.
 » Luigi Jacuzzi, accordata al Sig. Tocci colla
 » decisione del 10 Novembre 1837, non soffre
 » alcun contrasto. Dessa va sostenuta dagli art.
 » 352, a 354 LL. di PP. CC., perciocchè il
 » termine fissato per l'esame scorse senza trar-
 » sene alcun profitto.

OSSERVAZIONE SULLA 1.^a QUISTIONE

Quandoque bonus dormitat Homerus
Horat: de art: poetic: v: 359.

Gli articoli invocati dalla Gran Corte stabiliscono un termine entro il quale dee principiarsi l'esame; ma nè fulminano alcuna pena di decadenza, nè vietano al Magistrato di prorogare

il termine, quando le circostanze ne rendano imperiosa la necessità (1).

Nella specie la decisione del 10 Novembre 1837. non aveva ingiunto al solo Tocci l'obbligo di provare l'epoca precisa della nascita di Luigi Jacuzzi, ma l'obbligo si è ingiunto ad ambe le parti contendenti.

Se nè Tocci fece la pruova, nè Jacuzzi la ripruova, la causa è nello stato in cui trovavasi all'epoca della decisione del 10 Novembre 1837, e non avendo Jacuzzi provato di esser nato nel dì 27 Dicembre 1798, (giacchè la fede di battesimo non pruova la nascita, giusta la giurisprudenza costante dei Tribunali, confermata dal Cardinal De Luca (2) ma solo l'epoca in cui si riceve il battesimo) si avrà che Jacuzzi non ha dimostrato l'ammissibilità della sua azione, ciò che era a suo peso di provare giusta l'articolo 1269 LL. CC., e quindi non avendo egli provato il suo dritto, nè la sua capacità ad sperimentarlo in giudizio, la Gran Corte dovea senz' altro disarne rigettare la di lui dimanda. La decisione perciò contiene una manifesta violazione, non meno degli articoli 352 a 354. LL. di PP. CC., che dell'art. 1269. LL. CC.

(1) Vedi gli articoli 216. e 217 LL. di PP. CC. Il termine che accorda il giudice, diverso da quello che prefigge la legge, chiamasi termine di grazia. Vedi Berriat - Saint - Prix. Corso di procedura pag. 68.

(2) *Ita pariter in libro baptismatum, quoniam ille quidem probat, quod illa persona sit baptizata . . . Non autem circa filiationem, et alia quae ab eo actu extranea, quoniam est loqui extra id quod ad ejus officium pertinet.* Card. De Luc. de judiciis, discorso 30. N. 8.

SULLA 2.^a QUISTIONE

» Considerando che riesce ormai ozioso di ver-
 » sare sul falso a riguardo della prima fede par-
 » rocchiale del dì 26 Settembre 1829, in ordi-
 » ne al battesimo del suddetto D. Luigi Jacuz-
 » zi, mentre essendosi già esibito il libro origi-
 » nale, d'onde era stata estratta, debbe questa
 » e non quello valere, secondo la regola sanzio-
 » nata coll' art. 1288. LL. CC. Aggiungasi che
 » l'età di D. Luigi Jacuzzi si vuole ora prova-
 » re precisamente col cennato documento origi-
 » nale, e colla seconda fede rilasciata a 21 No-
 » vembre 1837, che vi si trova conforme.

SULLA 3.^a QUISTIONE

» Considerando che non può darsi corso alla
 » minaccia di falso contro il suddetto libro par-
 » rocchiale, e contro la cennata seconda copia,
 » perchè non evvi alcuna ragione a dubitare del-
 » la verità di tali documenti; anzi convien dire
 » che questa verità sia stata riconosciuta dallo
 » stesso Sig. Tocci, tostochè non curò di provare
 » l'epoca della nascita di Luigi Jacuzzi a seconda
 » della decisione dei 10 Novembre già menzionata.
 » Ha egli così tacitamente affermato che l'epoca
 » della nascita era quella del dì 27 Dicem-
 » bre 1798, secondochè risulta dai documenti
 » succennati, e si è perfettamente uniformato al
 » contegno che avea tenuto presso il Tribunale
 » Civile, mentre i dubi di falsità non si sono
 » affacciati che nella sola sede di appello. Non
 » occorre dunque dar corso ad un'incidente che
 » tenderebbe, sotto altro aspetto, ad ottenere quel-

» la stessa pruova dalla quale il Sig. Tocci è
 » decaduto, e che si presenta a prima vista, e
 » senza bisogno di altro sviluppo, come diretto
 » unicamente a conseguire indiscrete dilazioni,
 » ed a frapporre ostacoli per la decisione della
 » causa. Art. 309. LL. di PP. CC.

OSSERVAZIONI SULLA 2.^a e 3.^a QUISTIONE

Decipimur specie recti.
Horat. art. poet.

L' articolo 1288 leggi civili prescrive che le copie, quando esista il titolo originale, fanno fede soltanto di ciò che si contiene nel titolo, di cui può chiedersi sempre la esibizione, ma non vieta che l' originale possa essere impugnato di falso, nè la Gran Corte poteva riconoscer veri tanto l' originale libro parrocchiale, che la seconda fede di nascita, pria di sfogare la querela di falso di già regolarmente intentata.

Che se la Gran Corte si fosse compiaciuta di porre attenzione sullo stato materiale del libro parrocchiale, si sarebbe facilmente assicurata, che la querela di falso promossa tanto contro del libro originale che contro la seconda fede rilasciata a 21 Novembre 1837, *non è unicamente diretta a conseguire indiscrete diluzioni, ed a frapporre ostacoli per la decisione della causa:* 1.^o perchè mentre il libro originale è composto di carta di antico ed uniforme stemma, soli tre fogli, cioè l' 11, 12, e 13, nel secondo dei quali si contiene la particola della nascita di Luigi Jacuzzi, sono forniti di uno stemma nuovo, tutto diverso da quei del rimanente libro: 2.^o per-

chè comunque il carattere e la firma del parroco fossero gli stessi, pur tuttavolta è diverso l' inchiostro: 3.° perchè essendo diverso il tenore delle due fedì rilasciate dal parroco, l'una a' 26 Settembre 1829, esprimente il solo battesimo, l'altra a' 21 Novembre 1837, esprimente l'epoca del battesimo e della nascita, mentre diconsi estratti dallo stesso originale, la di cui viziatura apparisce ad occhio nudo, gli argomenti della falsità si rendon manifesti, e quindi la G. C. non potea preventivamente convincersi *che non evvi alcuna ragione a dubitare della verità di tali documenti*, senza avere esaurito il giudizio di falso, Violazione quindi degli art. 1288 leggi civili, e 309 leggi di procedura civile.

SULLA 4.^a QUISTIONE

» Considerando che il falso dedotto contro la
 » copia del testamento di D. Antonio Moliterni
 » dapprima esibita, non può tornare a novello esame, e senza offesa della cosa giudicata. La
 » decisione del dì 10 Novembre 1837 credette
 » questo falso insussistente. La prescrizione legale che ne dipende chiude quindi l'adito ad ogni altra contesa su tal punto, art. 1304. a
 » 1306. leggi civili.

OSSERVAZIONI SULLA 4.^a QUISTIONE

Mens sibi conscia recti.

Virg. Aeneid. lib. 1. v. 609.

Pria di tutto è massima testualmente consagrada negli art. 135, e 515 leggi di procedura

civile che le sentenze preparatorie, interlocutorie, e provvisoriali, non sono di ostacolo alla definitiva, perlocchè la decisione preparatoria del 10. Novembre 1837 non può meritare il nome di giudicato a' sensi dell' art. 1305.

Ma nella specie le circostanze che avean dato luogo alla decisione del 10 Novembre 1837. a riguardo della copia del testamento attribuito al fu D. Antonio Moliterni, sono interamente cambiate, perchè allora ignoravasi l'inesistenza dell'originale, mentre ora questa vien giustificata non solo dal rifiuto di notar de Giacomo ad esibirla, ma eziandio dal certificato rilasciato dalla Camera Notariale di Calabria Citra, esibito dallo stesso difensore del Sig. Jacuzzi, dal quale risulta, che tra le schede di notar de Parsia, consegnate a notar de Giacomo, esistevano: 1.º il Codicillo di D. Antonio Moliterni del 15. Maggio 1789: 2.º l'apertura del testamento dello stesso D. Antonio Moliterni eseguita a 9 Maggio detto anno, senza farsi menzione alcuna del testamento originale. Or se si ha ora una *pruova per tabulas*, che il testamento originale di D. Antonio Moliterni nè esiste, nè esisteva nell'epoca in cui le schede di notar Parsia furono consegnate a notar de Giacomo nel 1811; se la prima copia del testamento esibita è mancante di data talchè non può dirsi anteriore di anni 30. a' sensi dell' art. 1289. leggi civili; come può dichiararsi non pertinente la querela di falso prodotta contro la prima copia esibita? La presunzione legale che dipende dai fatti esposti, avrebbe dovuto determinare la Gran Corte a sospettare del falso, anzicchè (*sibi conscia recti*) ritenere la veracità del documento esibito, ed un ragionamento diver-

so racchiude una manifesta violazione degli art. 1304, a 1306 leggi civili.

SULLA 5.^a QUISTIONE

» Considerando che la minaccia di falso con-
 » tro l'altra copia del suddetto testamento di re-
 » cente esibita dimostra sempre più il fine dila-
 » torio di cui trovasi il Sig. Tocci animato, per-
 » ciocchè nella verità della prima copia stabilita
 » con giudicato, sta riposta la ragione della ve-
 » rità dell'altra che vi si trova conforme. A pre-
 » scindere da ciò manca assolutamente ogni ra-
 » gione per dubitare di questa verità e dei de-
 » creti di preambolo che furono a favore del Sig.
 » Jacuzzi interposti. Convien perciò rigettare an-
 » cora quest'altra minaccia, perchè tenderebbe a
 » dimostrare ciò che si è dimostrato, ed a sta-
 » bilire fatti già stabiliti, art. 309 di sopra ci-
 » tato. »

» Non è giustificata d'altronde l'inesisten-
 » za dell'originale, ma se questo estremo fosse
 » giustificato, sarebbe pur vero che si trattereb-
 » be di copia antica in cui sta espressamente di-
 » chiarato di essere stata estratta dal proprio o-
 » riginale protocollo, col quale fattane collazione
 » vi si era trovata concordante. Dovrebbe quin-
 » di meritare tutta la fede, quando anche l'ori-
 » ginale si fosse involato o disperso. E debbe
 » tanto meritare fede, per quanto è certo che il
 » Signor Tocci non dubitò in modo alcuno del-
 » la verità di tal testamento sulla di cui ba-
 » se si fece col Sig. Jacuzzi a contrattare, e sul
 » di cui appoggio venne in prima istanza a con-
 » tendere.

» Il dubbio è sorto solo in appello, col fine
 » già rilevato di porre ostacoli alla decisione del-
 » la causa. »

OSSERVAZIONI SULLA 5.^a QUISTIONE

Aegrescitque medendo.

Aeneid: lib. 12 v. 46.

Questo ragionamento (ci sia lecito il dirlo)
 resiste a' fatti ed alla legge.

In fatto sta che la seconda copia del testa-
 mento attribuito al fu D. Antonio Moliterni, di
 recente esibita dal Sig. Jacuzzi, è stata estratta
 da una copia esistente nel generale archivio, e
 questa estratta da altra copia rimessa alla Gran
 Corte della Vicaria dal governor Locale di Ce-
 traro, estratta da altra copia rilasciata nel 1789
 da notar Parsia a D. Francesco Jacuzzi, il quale
 se ne giovò per ottenere dal giudice Locale il
 Decreto di preambolo, che poi fu esibito alla G.
 C. della Vicaria per essere confermato. Quindi
 dessa non è che *una copia di copia di copia*,
 ossia una terza copia di un'originale che non esi-
 ste, ed in conseguenza, se la prima copia man-
 cante di data non può servire che per principio
 di pruova scritta secondo l'art. 1289, la secon-
 da copia or ora esibita non può meritare alcu-
 na fede in giudizio, perchè alle *copie di copie*
di copie la legge non attribuisce fede alcuna.

Nè giova il dire che essendo la seconda co-
 pia estratta da un' archivio pubblico, questa cir-
 costanza potesse attribuirle quella fede di cui in-
 tenderebbe giovare l'attore Sig. Jacuzzi, poichè
 le copie estratte dal generale archivio facean fede

sol perchè gli originali erano depositati negli archivi pubblici, *quae in publica instrumenta deponuntur in archivio, aut in grammato philacio* l. 9. ff. *de poenis*; l'uffiziale dell' archivio riceveva l'atto dalle parti che doveva conoscere; esse glielo attestavano, e quindi egli distendeva l'atto di deposito, e le copie della scrittura *publicum habebat testimonium*, perchè in ogni tempo sorgendo dubbio sulla veracità della copia, l'esistenza dell' originale l'avrebbe potuto dissipare; novel. 49. cap. 11. n. 2. l. 31. c. *de donat.* novel. 73. cap. 7. §. 3.

Or se nella specie l'uffiziale dell' archivio non ricevè l'atto di deposito del testamento originale in quistione, ma sibbene una copia estratta dallo scrivano della Curia locale, da altra copia estratta da notar de Parsia, come mai la copia rilasciata dall'uffiziale dell' archivio può avere l'impronta dell'autenticità, ed offrire quel *publicum testimonium* che per voto espresso della legge, offrono solamente le copie estratte dagli originali esistenti nell' archivio, ed all'uffiziale stesso esibite dalle parti che gliene attestano la veracità?

Che se a tutto ciò si aggiunge che Francesco Jacuzzi esibì la *copia di copia* in Vicaria per ottenere il decreto di preambolo senza contraddizione di altri coeredi, ed il decreto stesso ottenuto non è che un atto di volontaria giurisdizione che non costituisce mai giudicato, si avrà chiara la conseguenza che nè la terza copia di un originale che non esiste merita fede in giudizio, nè il decreto di preambolo può offrire alcun indizio atto ad avvalorare la veracità della copia, perchè niuno impediva al Sig. Jacuzzi di esibire

un testamento falso, come niuno proibiva di aggiungervi delle condizioni e delle clausole ad un testamento vero, onde giovargli nel progresso di tempo, per impugnare quelle vendite che egli meditava di fare nella qualità di erede del Sig. Moliterni.

Moltomeno regge la considerazione della G. C. che la copia esibita dovesse tantopiù meritare fede per quanto è certo che il Sig. Tocci non dubitò in modo alcuno della verità di tal testamento, sulla di cui base si fece col Sig. Jacuzzi a contrattare.

Il Sig. Tocci non dubitò del testamento di che ne offre pruova l'istrumento di acquisto del 12 Ottobre 1808, ma giammai gli sono state rese note le clausole penali delle quali dopo 21 anni ha per la prima volta preteso giovargli D. Luigi Jacuzzi. Tocci riconobbe in Francesco Saverio Jacuzzi l'erede fedecommissario di Moliterni, ma ebbe per vero che il fedecommissario erasi in lui risoluto colla legge del 15 Marzo 1807, di chè non avrebbe potuto persuadersene, come egli si dimostra persuaso coll'istrumento del dì 12 Ottobre 1808, se gli si fossero rese note le clausole penali, delle quali in quell'istrumento non si fece menzione alcuna. Quindi per fatto la copia recentemente esibita non è che una *copia di copia di copia*; l'estratto dell'uffiziale del generale archivio non è estratto dall'originale nell'archivio esistente, ma da una copia rilasciata dallo scrivano del governatore locale, che l'aveva estratta da altra copia rilasciata da notar Parsia, nella cui scheda non ha mai esistito l'originale, come dal certificato rilasciato dal Presidente della Camera Notariale di Calabria Citra; infine giammai Toc-

ci riconobbe le clausole penali del fedecompresso, di cui dopo 21 anni dal dì del suo acquisto, e dopo 40 anni dal dì della morte di Moliterni, intende giovarsi il Sig. Luigi Jacuzzi; che anzi dalle assertive contenute nell'istrumento del 1808 risulta per contrario che Tocci riconobbe in persona di D. Francesco Jacuzzi un fedecommissario, senza condizioni, senza vincoli, senza clausole penali, per cui si persuase che il fedecompresso si era in persona di D. Francesco Saverio Jacuzzi risoluto per effetto della legge del 15 Marzo 1807, di chè il Sig. Jacuzzi venditore in quello atto stesso assicuravalo.

In dritto poi è incontrastabile che *le copie di copie* non possono fare alcuna fede in giudizio art. 1289 leggi civili, e leg. 2. ff. *de fid. instrument.*, 45 ff. *de jure fisci*; che le copie estratte dal generale archivio fan fede solamente allorchè sieno estratte dagli uffiziali pubblici che in tal qualità sono i depositarî delle matrici dell'atto originale, di cui può farsene sempre la esibizione sorgendo dubbio sulla veracità delle copie, Art. 1289. N. 3. Novel. 49. Cap. 11. Novel. 73. Cap. 7. l. 31. c. *de donat.*; che le copie mancanti di data non potendosi considerare che abbiano più di 30 anni, non possono servire che per semplice principio di pruova scritturale art. 1289 n. 2. e l. 18. c. *de testibus*; che in fine dall'istrumento del 12 Ottobre 1808, lungi dal potersi desumere in Tocci la conoscenza delle clausole penali si ha assolutamente una pruova in contrario per argomento dell'art. 1291 leggi civili, e della l. ultim. ff. *de probat.*, e novel. 119 cap. 3.

Sembra quindi evidente che il ragionamen-

to della G. C. in contraddizione degli esposti principî, contiene una manifesta violazione non solo degli articoli 1289 e 1291 leggi civili, e delle LL. sopraenunciate, ma eziandio dell'art. 309 LL. di p. c. poichè si trae argomento a rigettare la querela di falso per essersi proposta in appello, mentre Tocci non ha fatto che avvalersi di un dritto testualmente accordatogli dall'art. 309 violato.

SULLA 6.^a QUISTIONE

» Considerando che risulta specialmente dall'
 » istrumento del dì 1. Dicembre 1799, dalle
 » lettere esecutoriali della Gran Corte della Vi-
 » caria, e dalla lettera del Capo-ruota della Re-
 » gia Udienza, che D. Francesco Saverio Jacuz-
 » zi avea congiunto al suo cognome anche quel-
 » lo di Moliterni, e convien pur credere che
 » non abbia trascurato di compiere il precetto
 » del testatore anche a riguardo dello stemma di
 » sua famiglia. Ma quando ciò non fosse vero
 » in fatto, alla base di altri documenti in cui
 » si vede figurare col solo cognome Jacuzzi, sa-
 » rebbe sempre certo che la violazione di questo
 » precetto non avrebbe potuto farlo decadere di
 » pieno dritto dal fedecommesso, ma vi bisogna-
 » va assolutamente la monizione del giudice trat-
 » tandosi di disposizion modale e non condizio-
 » nale, di un peso cioè a cui si poteva adempie-
 » re ancor dopo conseguita l'eredità, d'onde la
 » necessità dell'interpellazione per potersi così l'
 » erede costituire in mora (auth. *hoc amplius*
 » cod. *de fideicom.*). Della stessa natura sa-
 » rebbe stato il precetto di dimorare nel Comu-
 » ne di Cetraro, ma questo precetto avrebbe pe-

- » tuto violarsi senza alcuna decadenza, perchè
 » contrario alla libertà, secondo che viene stabi-
 » lito nella legge tit. 71. § 2. ff. *de condit.*
 » *et demonstrat.*

OSSERVAZIONI SULLA 6.^a QUISTIONE

Jus semper quaerendum est aequabile, neque enim aliter jus est.

Cic. de Offic. lib. 2. cap. 12. n. 4.

Benissimo, che la G. C. abbia riconosciuta come non apposta la condizione imposta all'erede fiduciario D. Francesco Saverio Jacuzzi di fissar sua dimora in Cetraro, comunque gli antichi interpreti non fossero tutti di accordo nel dichiarare tal condizione contraria alla legge (1); ma nè l'istrumento del 1. Dicembre 1799, nè le lettere esecutoriali della Gran Corte della Vicaria, nè la lettera del Capo-Ruota della Regia Udienza fan pruova che Jacuzzi al suo cognome avesse pur congiunto quello di Moliterni, perchè tai documenti son coevi all'epoca in cui egli chiese il preambolo, e sicuramente Jacuzzi non poteva in Vicaria chiedere il possesso dei beni del testatore, senza far mostra di voler eseguire, e di aver eseguita la sua volontà. Altronde dagl'istrumenti del 28 Settembre 1799, 15 Settembre 1804,

(1) Vedi le leggi 62 63 64 72 74 ff. *de condit. et demonstrat.*, 101 e 31 ff. *eod.* 23 e 24 ff. *de cond. institut.*, leg. 1. C. *de instit. et substit. Subcond. fact.* 20 C. *de cond. institut.*, 31 ff. *de obligat. et act.* 7 ff. *de verborum obligat.*, e Merlin alla voce *condition* nel *repert. e. question.*

5 Gennaio 1806, risulta che Jacuzzi intervenne nell'atto di vendita senza improntare il cognome Moliterni, e niun altro titolo, niun altro documento si è esibito per dimostrare che dopo ottenuto il preambolo avesse giammai assunto il cognome Moliterni negli atti pubblici o privati, perlocchè è ragionevole il supporre, che appena ottenuto il preambolo suddetto, non si è più brigato del cognome Moliterni.

Non si sa poi comprendere come *si dovesse credere che lo stesso Jacuzzi non abbia trascurato di compiere il precetto del testatore anche a riguardo dello stemma di sua famiglia*, senza essersi perciò offerta alcuna prova, od esibito alcun documento. Trattandosi di un fatto da cui si vuol far dipendere la decadenza dal fedecommesso, bisognava che il fatto allegato fosse provato da colui che provoca la decadenza istessa per potersi conchiudere che si sia incorso nella penale, e non essendosi il fatto allegato contraddetto dal convenuto, la G. C. doveva ritenere che giammai Jacuzzi avesse assunto lo stemma di famiglia Moliterni, anzicchè ritenere il contrario in manifesta violazione degli art. 1269, 1310 leggi civili.

In fine se la violazione di tali precetti non avrebbe potuto di pieno dritto far decadere Jacuzzi dal fedecommesso in forza dell'autentica *hoc amplius*, non avrebbe potuto farlo decadere neanche la violazione del precetto di non alienare, perchè l'autentica citata non fa distinzione tra *disposizioni modali, e condizioni, tra condizioni che consistono in faciendo vel in non faciendo, tra precetti semplici e precetti cui è aggiunta la clausola penale dello stesso testatore*, prescrivendò

indistintamente ed in tutt' i casi l' interpellazione, la monizion del giudice, la mora; ed infine la pronunziazione di decadenza, come la prescrive eziandio la novella 1. cap. 1. *de hered. et falsid.* da cui l' autentica è stata tratta.

Or come la Gran Corte ha potuto distinguere dove la legge non distingue (1), far limitazioni che la legge non riconosce, applicare l' autentica ai precetti del testatore relativi alla dimora dell' erede in Cetraro, ed all' obbligo ingiuntogli di assumere il cognome e lo stemma del testatore, senza poi applicarlo all' altro precetto che vietavagli l' alienazione?

Le parole dell' autentica son precise, quelle della novella da cui l' autentica è stata tratta non ammettono alcun dubbio, e se non andiamo errati, ci permettiam di rassegnare con umile rispetto, che secondo l' opinione di tutt' i dottori l' interpretazione che tende ad innovare, restringere, o rendere arbitraria l' applicazione della legge è un insulto che si fa alla saggezza del Legislatore, i di cui precetti debbono essere ubbiditi e non interrogati (2).

SULLA 7.^a QUISTIONE

» Considerando che niun dubbio si presenta nel
 » fatto per credere che l' istituyente Sig. Moliterni,
 » volle che non si fossero potuti per qualunque
 » cagione alienare i beni fedecommissati, e che

(1) *Ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus.*

(2) Vedi d' Aguesseau discorso 14.

» per l'inosservanza di questo precetto stabilì la
 » pena della decadenza del fedecommissso, a cui
 » si sarebbe dovuto far luogo *ipso jure, ipsoque*
 » *facto*. colla conseguente devoluzione a favore
 » dell' immediato chiamato. Ed è ancor certo che
 » a malgrado siffatto precetto, D. Francesco Sa-
 » verio Jacuzzi con quattro istrumenti del dì 28
 » Settembre 1799, 1.^o Dicembre dello stesso an-
 » no, 15 Settembre 1804, e 5 Gennaio 1806,
 » si permise di vendere varî dei beni nel fede-
 » commissso compresi.

» Ciò posto riesce agevole di dimostrare che
 » con tali alienazioni D. Francesco decadde asso-
 » lutamente fin d'allora da ogni suo dritto su
 » tutt' i beni del fedecommissso.

» Questo assunto va sostenuto testualmente
 » L. unica C. *de his quae poene nomine*, e
 » dall' unanime consentimento di tutt' i dottori, i
 » quali sulle basi di questa legge statuiscano il
 » principio, che *poena contraventionis a testa-*
tore apposita cum jussu est adeo servanda,
et ad unguem adimplenda, ut statim ac quis
contravenerit, censeatur illico privatus legato
aut fideicommisso.

» E sul proposito dell' alienazione vi marca-
 » no, quando *autem expressa alienationis*
prohibitio concurrat, tunc alienatio quae subse-
quitur est ipso jure nulla, statimque retractatur
ac subintrat substitutus, juxta Glos. in L. cum
pater §. Libertis ff. de legat: 2., et in L. filius
fam: §. Divi ff. de legat: 1., et statim ac fidei-
commissi conditio advenit, fideicommissum ipso
jure in fideicommissarium transfertur. L. fin.
§. Sed quia comm. de legat. ideoque quan-
do alienatio fuit prohibita, bona fideicommis-

saria a die alienationis ipso jure transferuntur in fideicommissarium, nulla facta verbali petitione, seu restitutione, L. final., et ibi glos. §. Sin autem in fin. C. comm. de legat. (v. » Sorge sulla materia). Egli è dunque indubi- » tato che D. Francesco Saverio Jacuzzi per vir- » tù delle diverse leggi di sopra riportate rimase » come si disse decaduto dal fedecommissario non » appena si verificarono le alienazioni in contro- » venzione del precetto dell'istituente.

OSSERVAZIONI SULLA 7.^a QUISTIONE

*Hæc alii sex, et plures uno conclamant ore.
Juvenal. Satir. 7. v. 166.*

Parrebbe che la L. unic. C. *de his quæ poene nomine*, prescriber dovesse testualmente la decadenza *ipso jure ipsoque facto*, dacchè con tanta franchezza s'invoca in sostegno di tale assunto! Parrebbe che non uno, non dieci, ma tutti i giureconsulti, tutt' i dottori avessero ad una voce professata l' istessa uniforme dottrina, poggiata sulla incontrastabile ed imponente autorità della legge!

Eppure se non ci tradisce la passion della Causa a noi sembra che nè nella legge, nè nei dottori si rinvieni fulminata la decadenza *ipso jure ipsoque facto*, come si assume nel trascritto ragionamento.

Invero la L. unic. C. *de his quæ poene nomine*, si esprime così: *Supervacuum observationem veterum legum, per quam testatorum voluntates ad effectum duci impediabantur, amputamus præcipientes, nullum valere*

dicendo poenae nomine quadam esse relicta, vel adempta in supremis testantium voluntatibus, eas infirmare: sed licere testatori pro implenda sua voluntate, vel paecunias dari praecipere, vel aliam poecuniariam poenam inferre quibus voluerit, tam in adimendis haereditatibus, vel legatis, vel fideicommissis, vel libertatibus, quam in praecipiendo ad alias personas eas transferri ab eo, cui relicta ab initio sunt, vel aliquid aliis ab eo dari, si minus dispositionibus suis, haeres vel legatarius vel libertate donatus paruerit.

Se non andiamo errati, dalle espressioni della legge citata appare, che Giustiniano abrogando l'antico dritto che vietava le clausole penali nei fedecommissi le avesse permesse, ma nulla ei dispone circa il modo come giustificarsi debbe l'avvenimento della controvenzione, cui è subordinata la pena, nè punto si è brigato di dichiarare che alla pena s'incorre *ipso jure ipsoque facto*. Questa prima arma quindi non sarà più atta ad offendere, a ferire, a dar morte agli argomenti prodotti in sostegno del Sig. Tocci.

Ma l'unanime consenso di tutt' i dottori! Noi stentiamo a persuaderci che il Sig. Giuseppe Sorge semplice forense che visse verso i principi del 18.^o secolo (il solo che ci si addita) avesse avuto il mandato di rappresentare tutt' i giureconsulti, tutti gl'interpreti, tutt' i dottori, e teniam per fermo che lui stesso, dalla tomba ove riposa da un secolo, sarà sicuramente sorpreso di vedere che la sua autorità sia stata elevata al di sopra di quella delle leggi, gloria che non si è mai lusingato di ottenere durante l'oscura vita che visse tra Curialisti, Scrivani, Mastrodatti, e Procuratori.

Già Sorge nel tom. 7. *de ultim. voluntat.*, trattando dei fedecommessi, maggiorati e primogeniture, nel cap. 10. propone la quistione *testatoris placita non adimplentes, qua poena efficiuntur?* Ed ivi analizzando la novella 1. *de hered. et falcid.*, dalla quale è stata tratta l'autentica *hoc amplius* (1) coll'autorità di Baldui-

(1) L'autentica *hoc amplius* si esprime così *hoc amplius qui defuncti iudicium lege non representatum monitus a iudice intra annum non implet, excluditur eo quod praeter debitum naturale perceperit ex eodem iudicio.*

E Giustiniano nella novel. 1. *de hered. et falcid.* dice *si quis non implens quod impositum est.* (senza far distinzione se la disposizione contenga modo o condizione e se consiste in *faciendo*, vel in *non faciendo*) *sed dum competat ei qui honoratus est quod relictum est, etiam ex decreto iudicis admonitus, annum totum protraxerit, non agens quod praeceptum est:* (senza punto distinguere di qual natura fosse il precetto) *tantum accipiat solum, quantum lex ei dare secundum quartam ab intestato partem concedit; aliud vero totum auferri.*

Nè diversa è l'opinione degl' interpreti. Infatti il Peregrino *de fideicom.* art. 40 num. 39, il Surdo *consult.* 116 num. 17, Paolo De Castro *consultat.* 16, Balduino, Cujacio, e Ritterthusio nei loro rispettivi commentari sulla novella 1. *de hered. et falcid.*, e soprattutto quel Giuseppe Sorge, la di cui autorità si è tenuta in tanto pregio dalla G. C. *unò conclamantes ore*, uniformemente insegnano che i precetti del testatore (purchè non contrari alle leggi ed ai buoni costumi) debbono essere religiosamente eseguiti, e scrupolosamente osservati, senza distinzione alcuna. Fra le tante opinioni dei giureconsulti, interpreti, dottori, e forensi, ci piace trascrivere quella del Cardinal De Luca nel suo trattato *de fideicom.* num. 348, espressa nei seguenti termini. *Item in proposito non implementi, seu contraventionis dari potest caducitas, vel privatio absque explicita adjectione poene per testatorem ex dispositione le-*

no, Cuiacio, Corrado, e Ritterthusio, insegna che l'erede, il legatario, o il fedecommissario che non avesse obbedito ai precetti del testatore, qualunque essi fossero senza distinzione *tra precetti che consistono* in faciendo, vel in non faciendo, *tra precetti che impongono l'obbligo di assumere il cognome del testatore, o che gli vietano l'alienazione, tra condizioni sospensive, risolutive, o modali*, debba esser privato dalla eredità, dal legato, e dal fedecommissso, *si decreto judiciario admonitus, post interpellationem factam, integro anno cesset in exequenda voluntate defuncti, (qui tamen non ab aditione numerabitur, sed ab admonitione et conventione judicis) omne emolumentum quod habere poterat ex testamento aufertur, quasi indigno.*

Ove poi il disponente avesse comminata la pena per la controvenzione dei suoi precetti, o prefisso il tempo per l'adempimento, in tai ca-

gis quae non explicatam voluntatem suppleat, ut praesertim fraegentius dari solet casus, quando vel naturale vel artificiale adsumatur, juxta praeceptum testatoris vel adsumptum non continetur, quoniam etiam si testator caducitatis poenam non adjecerit, eam lex subintelligit, cum ea tamen differentia inter casum in quo testator poenam adjiciat, et alterum in quo a testatore admissum lex suppleat, ut primo casu necessaria non sit judicis monitio, quae non constituat in dolo, seu contumacia, ut necessaria est in secundo.

Or dietro di tuttociò come sostenere che l'autentica *hoc amplius*, e la novella 1. *de hered. et falcid.*, dovessero applicarsi ai precetti relativi all'obbligo ingiunto al fiduciario della dimora in Cetraro, ed all'obbligo di assumere il cognome e lo stemma della famiglia Molitèrni, e non già al precetto che interdicevagli l'alienazione?

si, egli dice, *provisio hominis, facit cessare provisionem legis, ideoque statim ac quis contravenerit, censeatur illico privatus legato et fideicommisso ex L. 1. C. de his quae poene nomine.*

Ma chi mai ha dubitato che la condizione risolutiva, la clausola di decadenza non operasse *ipso jure* la perdita dei beni a danno del fedecommissario inadempiente, o controventore? La quistione che debbesi risolvere si è, se il fatto che dà luogo alla controvenzione, il fatto che forma il soggetto della condizione dovesse essere verificato dal giudice, anzicchè dal successore che pretende il rilascio de' beni del fedecommissario, cui addebita la controvenzione, o l'inadempimento, ciò che non può mai sostenersi senza rendersi ribelle alla ragione ed alla legge, non essendo dato ad alcuno di farsi giustizia da se medesimo, ed in tutt' i casi ne' quali sia per dritto romano, sia per dritto in vigore, la legge pronunzia la risoluzione, la decadenza, la perdita di un dritto qualunque, tutti gl' interpreti, tutti i dottori, la giurisprudenza costante di tutt' i Tribunali ha sempre professato il principio salutare, conservatore dell' ordine publico, che al solo giudice è dato di verificare il fatto per cui si pretende di essersi avverata la condizione, o verificata la controvenzione, e ad interporre la sua autorità perchè la revocazione, la restituzione in possesso, la rescissione, si eseguino. Vedi gli art. 878, 879, 1136, 1001. LL. CC., nonchè le LL. 9. e 22. cod. de donat. 2. cod. de condit. ob caus. dat. LL. 91. ff. De verbor. obligat. ed ivi gli autori del Comentario delle nostre leggi civili, Toullier tom.

6. n.° 459, a 558, e tom. 5. n.° 281, a 284.

Ma poichè nella pagina 124 il sig. Giuseppe Sorge insegna che in tai casi i beni fedecommissari *a die alienationis ipso jure transeunt in successorem fideicommissarium nulla facta verbali petitione, seu restitutione*, citando varie leggi in sostegno della sua proposizione, ci fia lecito analizzarle colla guida della ermeneutica legale, e non tarderemo a convincerci che desse non insegnan punto quel che Sorge loro attribuisce, cioè il dritto sovvertitore dell' ordine pubblico, il dritto della forza, la facoltà funesta di farsi la giustizia da se stesso, ciò che tenderebbe a sottrarci dal freno salutare delle leggi, e dall' autorità dei magistrati cui è unicamente dato di applicarla, e di farla eseguire.

Invero nel §. 27 della leg. 77 ff. *de legat: 2.* Papiniano consagra. *Libertis prædium reliquit ac petiit, ne id alienarent utque in familia libertorum retinerent: si excepto uno, cæteri partes suas vendiderint, qui non vendidit, cæterum partes quibus non dedit alienandi voluntatem, integras petet: eos enim ad fideicommissum videtur invitasse, qui judicio paruerunt: alioquin per absurdum erit, vice mutuam petitionem induci*, ed ognun vede dalle trascritte espressioni che giusta la sentenza di Papiniano, colui che non è incorso in contravvenzione può chiedere il fedecommissso, ma il giureconsulto non dice che alla pena s' incorre *ipso jure ipsoque facto*, come si pretende dimostrare coll' autorità del sig. Sorge.

Nel § 14. della legge 114 *de legat (1)* il

(1) Ecco le precise parole del § 14 della l. 114 ff.

giureconsulto Marciano insegna che la penale imposta al fiduciario senza indicarsi la persona che dovesse profittarne, dovea riputarsi come non apposta; ove poi la persona si fosse indicata, la penale dovea essere osservata, *eam servandam esse*, ma senza aggiungere che la decadenza si operava *ipso jure ipsoque facto* come si pretenderebbe dimostrare coll' espressioni del famoso Sorge.

In fine Giustiniano nella leg. 1. c. Comm. *de legat: et fideicom.* §. 2., prescrive che in verun caso l'erede fiduciario potesse vendere e pignorare le cose soggette al fedecompresso, ma non aggiunge alcuna decadenza per la controversione del suo precetto.

Nel §. 3. poi della leg. 3. eod: soggiunge, *sciat quod conditione impleta, ab initio causa in irritum devocetur*
 *et in his omnibus casibus legatario quidem, vel fideicommissario, omnibus licentia pateat rem vindicare, et sibi adsignare, nullo obstaculo ei a detentoribus opponendo;* ma di che fa d' uopo per dirsi di essersi verificata la condizione, ed incorso alla pena?

In nessuna delle leggi citate si fa di ciò alcun motto, ma il sig. Sorge supplisce al silen-

de legat. 1. Divi Severus et Antoninus rescripserunt, eos qui testamento vetant quid alienari, nec causam exprimunt, propter quam id fieri velint, nisi invenitur persona, cujus respectu hoc a testatore dispositum est, nullius esse momenti scripturam, quasi nudum praeceptum reliquerint: quia talem legem testamento non possunt dicere. Quod si liberis, aut posteris aut libertis, aut heredibus, aut aliis quibusdam personis, consulentes ejusmodi voluntatem significarent: eam servandam esse.

zio della legge nella pag. 124. tom. 7, e ciò è bastato perchè attribuendosi ai suoi detti un' autorità superiore a quella delle leggi, si ritenesse per vero che alla decadenza s' incorre *ipso jure ipsoque facto*, comunque ciò non fosse prescritto da legge alcuna. Or trattandosi di scegliere tra la legge e gl' interpreti, si esiterà un momento di mettersi dalla parte della legge? Così prescrive Giustiniano nella leg. 13. c. *de sentent. et interlocut.* (1): così detta la ragione, così consiglia l' interesse pubblico, che è la guida e la norma di ogni buona legge, poichè unicamente da lei, e non dalle opinioni arbitrarie e fluttuanti degli interpreti, debbono dipendere le fortune dei cittadini, e le sorti dei litiganti.

Ma poichè si è fatto dipendere dall' autorità di Sorge il destino dei fondi acquistati dal Sig. Tocci sotto l' ombra tutelare della buona fede, perchè mai non si è tenuto presente quel che Sorge stesso insegna nel cap. 11. del vol. 7. uniformemente a ciò che prescrivono le leg. 77. ff. *de legat.* 2. 144. *de legat.* 1., 1. c. *comm. de legat.*, ed uniformemente all' autorità di Gioacchino Stefano, Gothofredo, Balduino, Ritterthusio, Cujacio, Molina, Paolo De Castro, e tanti altri riportati dallo stesso Sorge, i quali tutti sulla non dubbia autorità della legge insegnano che il successore non ha dritto a pretendere i beni

(1) *Nemo judex vel arbitrer existimet neque consultationes quas non rite judicatas esse putaverit, sequendum, et multo magis sententias eminentissimorum prefectorum, vel aliorum procerum, neque alicujus maximi magistratus prolatue sententiae, sed omnes judices nostros veritatem et legum et justitiae sequi vestigiū sancimus. Justin. l. cit.*

fedecommessati, quando egli stesso è caduto in contravvenzione? Sorge si propone di dimostrare e dimostra con legali argomenti, che *fructus caducati ob controventionem fideicommissari pertinent ad successorem adimplentem fideicommittentis dispositionem*; ma questa volta l'autorità di Sorge si è obbliata comunque uniforme alle leggi da lui citate, e delle quali poc' anzi se n' è trascritto il tenore; questa volta si è condonato alle controvenzioni in cui è incorso Luigi Jacuzzi per farne pagare il fio non al padre Francesco Saverio Jacuzzi controventore egli pure; ma al terzo possessore Sig. Tocci, che in buona fede ne fè l'acquisto pagandone due volte il prezzo, incassato in parte allo stesso attore che or chiede il rilascio dei fondi venduti.

Così l'autorità di Sorge è sacra allorchè egli in manifesta contraddizione dell'autentica *hoc amplius*, e della novella 1. *de hered. et falcid.* insegna che in caso di controvenzione del fedecommissario i beni *transeunt in successorem nulla facta verbali petitione*, ma è inattendibile allorchè Sorge istesso facendosi imporre dalla voce imperiosa della legge, professa che il controventore non può aver dritto di reclamare gli effetti della controvenzione altrui!

Così il Sig. Luigi Jacuzzi si fa scudo dell'opinione di Sorge per impossessarsi dei beni venduti a Tocci che non controvenne a precetto alcuno, senza essersi mai brigato di denunziare al magistrato le controvenzioni del padre onde farlo dichiarar decaduto dal fedecommissato; ma l'autorità dello stesso Sorge deve tacere a suo riguardo allorchè questi gli fa un delitto delle controvenzioni in cui egli stesso è incorso, privan-

dolo del dritto a poter domandare il rilascio dei beni fedecommessati contro del padre controventore!

Così finalmente si è dato luogo all' assurdo riprovato dalle l. 77. ff. *de legat.* 2. 144. ff. *de legat.* 1., 1. *con.m. de legat.*, e dallo stesso Sorge, che mentie il Sig. Luigi Jacuzzi nè nel 1799, epoca della prima vendita fatta a Cristofaro. Bianco, nè prima nè dopo del 15. Marzo 1807, epoca dell' abolizione dei fedecommessi, nè ora che si è presentato in giudizio, si è mai brigato di assumere il cògnome e lo stemma della famiglia Moliterni, debba conseguire il premio di quelle controvenzioni alle quali egli stesso è incorso, non in danno del padre controventore come lui, ma in danno dell' innocente Tocci, che non ha controvenuto a precetto alcuno!

Se egli è vero che uno è il principio da cui emanano le leggi, e per cui si deggiono esclusivamente interpretare, cioè la *pubblica utilità* (1), noi confessiamo che non ci è stato possibile di rinvenire la ragione di una interpretazione che tende a rendere incerte le leggi (2) che si sono invocate, fulminando una pena contro l' innocente, ed assolvendone colui ch' è indubitatamente col-

(1) La volontà universale delle leggi non è più un mistero; uno è il principio da cui emanano, e per cui si deggiono interpretare, cioè la *pubblica utilità*. Con questa norma non vi son più tenebre, il laberinto sparisce, e la luce ritorna. La interpretazione più vera è la più utile: ved. Bentham legislazione.

(2) *Legis tantum interest ut certa sit, ut absque hoc nec justa esse possit.* Baco. *de augm. scientiar.* lib. 8.

pevole, e che anzi trionfa dalla sua colpa. E molto più ne siam rimasti sorpresi, perchè la stessa Gran Corte a rapporto dello stesso Signor Giudice Commessario nella causa tra Stella, Coda ed altri, con decisione del 9. Dicembre 1834 dichiarò inammissibile l'azion di revindica de' predi urbani, alienati dal gravato dopo la pubblicazione della Prammatica del 1805, ritenendo le teorie esposte dal Sig. Tocci, e che ora sull'autorità di Sorge sono state annientite e distrutte.

SULLA 8.^a QUISTIONE

» Considerando che per conseguenza del de-
 » cadimento già rilevato, si verificò sin d'allora
 » il caso della chiamata al fedecompresso in fa-
 » vore del primo-genito dilui figlio D. Luigi Ja-
 » cuzzi, che già era nato all'epoca delle aliena-
 » zioni, per non potersi attendere a ciò che si è
 » dedotto a riguardo della chiamata in favore di
 » D.^a Francesca Jacuzzi sua Zia, e che fu su-
 » bordinata alla mancanza della linea maschile.
 » E per una conseguenza ulteriore risulta pur lu-
 » minoso che nelle mani dello stesso D. Luigi
 » Jacuzzi restò sciolto il fedecompresso colla pu-
 » blicazione della legge del 15 Marzo 1807, abo-
 » litiva delle sostituzioni.

OSSERVAZIONI SULLA 8.^a QUISTIONE

Qualis ab incaepo processerit, et sibi constet.
Horat. art. poet. v. 126.

Comunque penetrati dal più profondo rispet-
 to verso la Gran Corte, il sacro ed imperioso

dovere della difesa c' impone di rassegnare, che erronei principî non possono partorire che erronee conseguenze.

Se per effetto dell' autentica *hoc amplius*, e della novel. 1. *de hered. et falcid.*, per darsi luogo alla decadenza si richiedeva l'interpellazione, la monizione del Giudice, la mora di un anno, un giudizio solenne, senza distinzione tra *modo* e *condizione*, tra *condizioni* e *clausole penali*, tra *condizioni* che consistono in *faciendo*, vel in *non faciendo*, non essendosi avanzata giammai domanda di decadenza, nè fatto mai alcun giudizio nel tempo in cui le sostituzioni erano in vigore, non potrà dirsi giammai verificata la decadenza nè in favor di D. Luigi Jacuzzi, nè in favor di D.^a Francesca Jacuzzi.

Se per l' opposto non debbesi tenere alcun conto di ciò che prescrivono e l' autentica, e la novella sopracitata, allora la decadenza di D. Francesco Jacuzzi si è operata *ipso jure ipsoque facto* non nel 28 Settembre 1799, quando si fece la prima vendita a Cristofaro Bianco per D. 18, ma sin dal 1789 allorchè Jacuzzi ottenuto il decreto di preambolo, non si brigò di fissar sua dimora in Cetraro, nè di aggiungere al suo cognome quello di Moliterni, nè di assumere lo stemma della famiglia del testatore; e non trovandosi allor nato Luigi Jacuzzi (poichè egli vide la luce a 27^a Dicembre 1798 secondo le sue assertive) la decadenza si sarebbe operata in favor di D.^a Francesca Jacuzzi per espressa volontà del fedecommittente, il quale dispose nei seguenti termini: « E non volendo detto D. » Francesco Saverio Jacuzzi abitare nella terra » del Cetraro e quì fissare la sua casa per som-

» pre ed in *perpetuum* col cognome e stemma
 » della casa Moliterni, con casa Jacuzzi, subito
 » resti escluso dal godimento di questo maggio-
 » rato, e dall'intera eredità mia e di D. Gioac-
 » chino mio Zio, e subentri subito il più pros-
 » simo chiamato, e mancando il suddetto D.
 » Francesco Saverio di discendenti legittimi e na-
 » turali, i quali possano adempiere le leggi del
 » fedecommesso, o ve ne fossero e non volessero
 » adempierle, subentri al godimento dei miei be-
 » ni e di mio Zio D. Gioacchino, D.^a Francesca
 » Saveria Jacuzzi mia diletta nipote, moglie di
 » D. Giovanni Andrea Pellegrini.

Se non è dato al magistrato or di rispetta-
 re, or di obliare il prescritto dell'autentica e del-
 la novella, se non gli è dato di sostituir la vo-
 lontà propria a quella del fedecommittente D.
 Antonio Moliterni (1) si avrà che o ri'enute le
 controvvenzioni di D. Francesco Jacuzzi, la de-
 cadenza dal fedecommesso si è operata *ipso jure*
ipsoque facto sin dal 1789 in favor di D.^a Fran-
 cesca Jacuzzi; o le controvvenzioni si riterranno
 per inefficaci attesa la mancanza dell'interpella-
 zione, del giudizio, della monizione del giudice,
 della mora di un anno, ed in tal caso giammai
 Francesco Saverio Jacuzzi decadde dal godimen-
 to dei beni fedecommessati, giammai la decaden-
 za può profittare nè in favore di D.^a Francesca,
 nè in favor di D. Luigi Jacuzzi; e trovandosi il
 fiduciario D. Francesco attual gravato ed in pos-
 sesso de' beni all'epoca della pubblicazione della
 legge del 15 Marzo 1807, in sua persona si è

(1) *In fideicommissis semper testatoris vo'untas spe-
 ctanda est.*

sciolto il fedecompresso, come egli stesso fè credere in tutta buona fede al Sig. Tocci allorchè con istumento del 12 Ottobre 1808 gli vendè parte dei beni fedecommessati.

SULLA 9.^a QUISTIONE

» Considerando che le suddette eccezioni, a
 » riguardo dell' azione di revindicazione di che
 » trattasi, mancano assolutamente di appoggio.
 » Prima di tutto è ovvio che Giustiniano colla
 » l. ult. c. *de haereditat. petit.* abrogò l' ec-
 » cezione *ne praejudicium hereditati fiat*. Quin-
 » di niun bisogno di contendere primordialmente
 » di rimpetto al vero erede, onde poi darsi luo-
 » go all' azione di revindicazione espressamente
 » garantita dalla l. 7. C. *de petit. heredit.*, e
 » dalle ll. 1.^a e 3.^a § 2. e 3. C. *com. de le-*
 » *gat.*

» E molto meno può reggere l'altra ecce-
 » zione *ex persona venditoris* perchè manca as-
 » solutamente pel venditore D. Francesco Save-
 » rio Jacuzzi il requisito della buona fede, per
 » poter trarre profitto dalla l. 25 § 17. ff. *de*
 » *petit. heredit.* E se non potea trar vantaggio il
 » venditore, niun utile può trarne il comprato-
 » re Sig. Tocci, comunque abbia acquistato nel-
 » la buona fede. Se il venditore sarebbe tenuto
 » a restituir tutto senza diminuzione, e non *in*
 » *quantum locupletior factus est*, perchè dolo-
 » samente si avvisò di vendere, nella scienza cioè
 » in cui era della decadenza operata a suo dan-
 » no sin dal 1799, non si può temere alcuno
 » assurdo in via di garanzia e per gli effetti che
 » ne dipendono. Ha, è vero, il compratore Toc-

» ci un regresso contro il venditore Francesco
 » Saverio Jacuzzi, e per esso contro i suoi ere-
 » di, tra i quali non si annovera l'attore D.
 » Luigi, ma è pur vero che questo regresso non
 » farebbe soggiacere l'erede apparente ad una
 » condanna maggiore di quella che avrebbe sof-
 » ferto se fosse stato direttamente convenuto in
 » giudizio. È dunque chiaro che le due eccezio-
 » ni menzionate non possono sospendere, nè vin-
 » cere l'azione di revindicazione.

OSSERVAZIONI SULLA 9.^a QUISTIONE

. Fuit haec sapientia quondam
 Publica privatis secernere, sacra profanis.
Horat. art. poet. v: 396.

Di grazia, quando mai il Sig. Tocci ha invocato in suo favore l'eccezione *ne praejudicium hereditati fiat*? Ei sostenne che l'azion di revindica non poteasi promuovere contro di lui, perchè avea comprato dall'erede putativo contro del quale non avea rinunciato al regresso giusta il prescritto nel § 17 della l. 25 ff. *de hereditat. petit. Et puto posse res vindicari nisi regressum ad venditorem habeat*; ma giammai si sognò di ricorrere all'eccezione *ne praejudicium hereditati fiat*, nè d'invocare in suo soccorso l'autorità centumvirale che di tale eccezione avrebbe dovuto giudicare, perchè sapeva che l'una, e l'altra erano state abolite da Giustiniano colla l. ultim. c. *de hereditat. petit.*

Ma poichè la Gran Corte ha citato la detta l. ultim. c. *de hereditat. petit.*, perchè non applicarla alla causa in esame? Giustiniano nel-

l'abolire non meno l'autorità Centumvirale, che l'eccezione *ne praejudicium haereditati fiat*, soggiunge che il legatario ed il fedecommissario dovessero dar cauzione pria d'intentar l'azione di petizione di eredità contro l'erede scritto, qualora l'eredità fosse controversa, come prescrivono del pari la l. 1. §. 10. ff. *si quis ommissa*, e la l. 9. c. *de legatis*, ed impone inoltre che ove il fedecommissario non avesse ottenuto ciò che avea chiesto, dovea restituire *ei datam poecuniam cum usuris ex quarta centesima parte currentibus*, nonchè i frutti percepiti dedotte le spese necessarie ed utili; se poi avesse voluto in vece attender l'esito del giudizio, potesse farlo lasciando in possesso l'erede, affinchè dopo pronunziata la sentenza potesse obbligarlo alla restituzione della cosa, con tutte le sue accessioni (1).

(1) Ecco le precise parole della legge ultim. c. *de heredit. petit. Cum hereditatis petitioni locus fuerat exceptio adsumebatur, quae tuebatur hereditatis petitionem, ne fieret ei praejudicium. Magnitudo etenim, et auctoritas Centumviralis iudicii non patiebatur, per alios tramites viam hereditatis petitionis infringi. Cumque multae varietates et contraversiae veterum exhortae sint eas certo fine concludentes, sancimus: Si quis hereditatis petitionem, vel suscepit, vel suscipere sperat, vel movere: alius autem superveniens, vel ex deposito, vel ex commodato, vel ex legato, vel ex fideicommisso, vel ex aliis causis inquietare Si quidem pro legato vel fideicommisso hoc faciat, rem expeditae quaestionis esse, cum possit scriptus haeres, cautione interposita, non differre hanc repetitionem. E più appresso soggiunge, che se il fiduciario o legatario non obtinuerit ejus jura, dovesse restituire agrum cum fructibus, et poecuniam cum usuris, expensis autem*

Or perchè non obligar Luigi Jacuzzi alla cauzione pria di decidersi in contraddizione di D. Francesco Saverio Jacuzzi, se la decadenza erasi oppur nò operata in favor del primo, ed in danno dell' ultimo? Giustiniano abolì l' eccezione declinatoria di foro *ne praejudicium haereditati fiat*, che doveasi esclusivamente decidere dal Tribunale dei Centumviri, ma non volle nè potea sognarsi di prescrivere che si facesse dritto all' azion di revindica promossa contro del terzo possessore pria di decidersi se il revindicante avesse oppur no dritto allà petizione di eredità, in contraddizione dell' erede scritto, perchè la revindica nella specie è l' effetto di un dritto giudizialmente riconosciuto, non di un dritto preteso, ed a tal fine Giustiniano, senza punto abrogare nè il § 17 della l. 25 ff. *de hered. petit.*: che contiene un Comento del S. C. di Adriano, nè la l. 1. c. *de hered. petit.* dell' Imperator Marco Aurelio, prescrive che quando il fedecommissario pretendesse molestare il possessore de' beni acquistati dall' erede scritto, non potesse ottenere che un possesso interino *praestita cautione* finocchè il giudizio sulla petizion di eredità non si fosse espletato.

Non è poi vero che l' azion di revindica viene espressamente garantita dalla l. 7. c. *de hered. petit.* e dalla l. 1. e 3. c. *Com. de legat.* come la G. C. assume.

necessariis et utilibus deductis: Se poi volesse intentare il giudizio senza chiedere preliminarmente il possesso dei beni onde non sottoporsi alla cauzione, *hoc ei liceat facere, ut restitutio si competeret, cum legitimis augmentis, legatario vel fideicommissario accedat*,

In fatti gl' imperatori Diocleziano e Massimiano autori di detta l. 7. dicono, che chi possiede *pro haerede* non può colla prescrizione di lungo tempo respingere l'azione di petizion di eredità ch'è un'azione mista, ma la può con tal mezzo respinger colui che possiede per effetto di donazioni o di compre, se l'attore intenterà contro di lui un'azion di revindica. Le susseguenti espressioni poi *a caeteris autem tantum specialibus in rem actionibus vindicare posse manifestum est, si non agentis intentio per usucapionem vel longum tempus explosa sit*, non esprimono che contro del compratore competesse l'azion di revindica, se non nei casi in cui dessa veniva permessa dal S. C. di Adriano, altrimenti gl' imperatori Diocleziano e Massimiano sarebbero stati in contraddizione con se stessi, giacchè nella l. 4. c. *in quib. caus. cessat long. temp. praescript.* dessi in termini espressi avcan dichiarato *ab his qui pro empto, vel donato, seu alio titulo res quae ex hereditate sunt vel fuerunt, possident, successio vindicari non potest*; e d'altronde sarebbe un assurdo supporre che Triboniano compilatore delle leggi riunite nel Codice, avesse nello stesso titolo *de heredit. petit.* registrata la l. 1. di Marco Aurelio che chiama in vigore il S. C. di Adriano espresso nella l. 25. ff. *de heredit. petit.* vietante la revindica, e la l. 7. degli imperatori Diocleziano e Massimiano che la permetterebbero.

In fine Giustiniano nella l. 1. c. com. *de legat.* abolendo l'antica distinzione tra le diverse specie dei legati, ed i di loro differenti effet-

ti, assimilando i legati ai fedecommissi (1), accorda indistintamente agli uni ed agli altri *non solum personarum actionem, sed et in rem, quatenus eis liceat easdem res sive per quodcumque genus legati, sive per fideicommissum fuerint derelictae, vindicari in rem actione instituenda et insuper utilem Servianam, idest*

(1) Nell'antico dritto Romano si distinguevano quattro specie di legati, per *damnationem*, per *vindicationem*, *siniendi modo*, per *praeceptionem*, per ciascun dei quali si erano introdotte azioni differenti. Ai soli legatarij per *vindicationem*, *et siniendi modo* competeva l'azion reale o vindicatoria, perchè essi soli eran proprietari dal dì della morte del testatore, come insegna Cajo nelle sue istituzioni lib. 2. tit. 6.

I Legatarii per *damnationem et praeceptionem* non potevano esercitare che l'azion personale contro l'erede, fondata sul quasi contratto, cui dava luogo l'accettazione che l'erede faceva dell'eredità. Ma tutte queste specie di legati, nonchè le differenti azioni che ne dipendevano sono state abolite da Giustiniano colla l. 1. c. com. *de legat.*, che ha eguagliato i legati ai fedecommissi, perlochè, secondo l'ultima giurisprudenza Giustiniana, tutt' i legatari senza distinzione, e tutt' i fidecommissari divenivano proprietari sin dalla morte del testatore, accettando il legato, perchè l'accettazione, o il rifiuto retroagivano all'epoca della morte del testatore, come risulta dalle l. 23 ff. *de acquirend. poss.*, 54 ff. *de acquir. heredit.*, e più di tutto della l. 44 ff. *de legat.* 1. v. Merlin nel suo repertorio alla voce *legataire* §. 5. e Bruni elementi di dritto civile pag. 348.

Ma da tutto ciò può forse desumersi che un legatario ed un fedecommissario potessero sperimentare l'azion di revindica anche nei casi in cui eragli vietato dalla l. 25 ff. *de hered. petit.*, confermata da Marco Aurelio colla l. 1. c. eod.? Nè Giustiniano si è sognato di dirlo, nè sembra ciò potersi sostenere in buona logica legale.

hypothecariam super iis quae fuerint derelicta, in res mortui praestare.

Ma che ha che fare la legge citata colla specie in esame? Tocci non mette in dubbio che per dritto nuovo introdotto da Giustiniano, il legatario ed il fedecommissario non potesse revindicare gli oggetti legati o fedecommessi, ma sostiene che la revindica non è ammessa contro colui che ha comprato in buona fede dall'erede putativo, contro del quale conserva il regresso, e la G. C. per combattere il suo assunto testualmente garantito dal § 17 della l. 25 ff. *de haereditat. petit.*, avrebbe dovuto citare un'altra legge di Giustiniano abrogante la legge medesima.

La l. 3. poi dallo stesso titolo com. *de legat.*, dichiara nulla la vendita fatta dall'erede, di un fondo che egli sapeva essere destinato ad altri per legato o fedecommissso, *si sciat hoc quod alienum est non ei licere, utpote sui patrimonii existens, alieno jure applicari*, perchè questa conoscenza lo costituisce in mala fede, ed in ciò Giustiniano è in perfetta armonia colle ll. 13 20 e 25 ff. *de haeredit. petit.* Ma nella specie non essendosi avanzata veruna domanda di decadenza contro del fiduciario Sig. Jacuzzi nel tempo in cui i fedecommessi erano in vigore, non essendosegli fatta alcuna interpellazione, alcuna monizione giudiziale, ai termini dell'autentica *hoc amplius*, e trovandosi nel pacifico possesso dei beni allorchè i fedecommessi furono aboliti, egli in buona fede credè in sua persona risoluto il vincolo fedecommissario, siccome in buona fede se ne persuase il Sig. Tocci che ne fece l'acquisto, ed il quale non avendo

rinunziato al regresso contro del venditore, non può essere soggetto all'azion di revindica tanto per le testuali disposizioni delle ll. 13, 20 e 25 *de haereditat. petit.*, che per effetto della l. 1. e 4. c. com. *de legat.* invocata dalla G. C. e che sono state tutte violate nell' applicazione alla causa in esame.

Per ultimo ben regge l'eccezione *ex persona venditoris*, cui il Sig. Tocci ha fatto utilmente ricorso, poichè nella massima buona fede Jacuzzi vendè, siccome nella massima buona fede Tocci comprò i fondi Gardo, Parridi, S. Barbara, e Macchia della Guardia, in tempo in cui i fedecommissi erano stati aboliti.

Invero la buona fede *non est quid facti, sed in animo consistit*, come insegna il giureconsulto Paolo nella l. 21 ff. *de noxalib. action.*

Questa massima campeggia in tutto il corpo del Romano dritto, e poichè le affezioni dell'animo non possono conoscersi se non dagli atti esterni, perchè, come dice Aristotile, *della volontà non vi è nè ladro né tiranno* (1), perciò i giureconsulti Romani han sempre presunta la buona fede nel possessore, come è da vedersi nelle ll. 109 ff. *de verb. significat.*, l. 1. c. *de hereditat. petit.*, l. 22 ff. *de rei vindicat.*, e l. 38 ff. *de verb. obligat.*

Domat tom. 2.^o pag. 353 dice « La buona fede del possessore che gli dava il dritto di godere di un fondo cessa quando è turbata dal possesso, da una domanda, non nuo-

(1) Aristotile Morale lib.

» cendogli la conoscenza anteriore. » Egli cita la l. 2. c. *de fruct. et lit. except.*, nella quale si consagra *ex eo tempore quo re in iudicium deducta scientiam malae fidei possessor accepit.*

Ulpiano nella l. 25 ff. § 7. *de haeredit. petit.* dice, *post litem contestatam omnes incipiunt malae fidei possesores esse, quin immo post controversiam motam . . . coepit enim scire rem ad se non pertinentem, se possidere.* L'istesso insegna la l. 20 ff. *de rei vindicat.*, e le l. 29 ff. *de haereditat. petit.*, ed infinite altre leggi sul proposito.

Nè osta il dire che la morale religiosa riconosca sempre la mala fede in colui ch'è consapevole della controvenzione commessa, poichè, giova il ripeterlo, *la norma del giusto e dell'ingiusto civile non è, nè deve essere che nella legge civile, quid nostrum, quid alienum, legis civilis est*, ed il prenderla altronde è turbare e rendere incerti i dritti civili e le opinioni politiche. Se D. Francesco Jacuzzi (ove pur si supponesse in lui la scienza della controvenzione che andava a commettere coll'alienazione dei beni fedecommessati), si fosse appressato ad un confessore nel Tribunale della penitenza per manifestargli le sue colpe (1), il confessore non

(1) Il giudizio dei cuori è riserbato alla Divinità ispettrice dei nostri pensieri . . . noi non possiamo cercare dalle leggi, che son le opere degli uomini, quel che ottener dobbiamo dalla religione ch'è l'opera di Dio. Filang. scienza della legisl. tom. 4. pag. 145.

La religione in armonia coi principi della legge civile impone agli uomini l'obligazion di reprimere le

lo avrebbe sicuramente assoluto se non a condizione d'indennizzare i danni cagionati a Luigi Jacuzzi, mercè l'alienazione dei beni fedecommessati, poichè tanto prescrive la morale, unica norma del giusto religioso; ma convenuto innanzi ad un Magistrato Civile, le leggi sopracitate, nonchè la l. 109 ff. *de verb. significat.*, 48 ff. *de adquirendo rer. pom.*, penult. c. *de evict.*, e più di tutto gli art. 475, 2174, 2175 l. c., lo assolvono da ogni colpa, poichè non è in lui presunta la mala fede, se non dal giorno 19 Dicembre 1829, epoca in cui gli si son resi noti i vizî del suo possesso, epoca in cui Luigi Jacuzzi pretese sperimentare i suoi dritti per la decadenza del fedecompresso di Moliterni, reclamando gli effetti delle clausole penali che sostiene apposte nel fedecompresso medesimo. Queste sono le conseguenze dei principî legali consagrati nell'antico, e nel nuovo dritto, e che sono stati tutti violati nella decisione in disame.

SULLA 10.^a QUISTIONE

» Considerando che niuno appoggio abbia l'

loro passioni, di praticar la virtù, di amare i loro simili, di non far loro ciò che non vorrebbero fatto a loro stessi. Bexon applicazione delle teor. della legislaz. penal.; ma la legge civile non può prescrivere tutto ciò che si vuole ottenere; non può proibire tutto ciò che si vuole evitare; non può sempre punire; non può sempre premiare. Essa non può prescrivere che l'adempimento di quei doveri che si chiamano d'obligazion perfetta La religione ha la forza di ottenere l'adempimento egualmente di quelli che si chiamano d'obligazione imperfetta. Filang. scienza della legisl. tom. 9.

» altra eccezione della prescrizione, perciocchè
 » vero in fatto che Luigi Jacuzzi nacque a 27.
 » Dicembre 1798, e vero in dritto che durante
 » la sua minoretà non potea correre alcuna pre-
 » scrizione (art. 2158 LL. CC.), nessun dub-
 » bio può sorgere per credere che nel dì 19 di-
 » cembre 1829, quando fu spiegata l'azione di
 » revindicazione, non erano ancora decorsi i die-
 » ci anni, per potersene giovare nei sensi dell'
 » articolo 2171 l. citate, uniformi agli articoli
 » 2252, e 2265. codice abolito, quando an-
 » che non fosse in vece applicabile la prammati-
 » ca 3. *de praescript.* trattandosi di prescrizio-
 » ne cominciata pria della pubblicazione della
 » nuova legge. Non regge poi in modo alcuno
 » nel fatto l'assunta esecuzione volontaria, per-
 » ciocchè i documenti esibiti dimostrano che D.
 » Luigi Jacuzzi riscosse solo la sua rata delle doti
 » materne, e non già il prezzo dei fondi vendu-
 » ti a suo pregiudizio. Questo atto d'altronde
 » non può essere dispiegato di alcuna ratifica ta-
 » cita, perchè quando anche avesse conosciuto il
 » testamento di Moliterni, e le condizioni del fe-
 » decomesso da lui istituito, questa sola cono-
 » scenza non era sufficiente per approvare la ven-
 » dita, ma conveniva inoltre conoscere le diffe-
 » renti alienazioni precedenti a quella del 1808,
 » che avevano prodotto la decadenza dal fedecom-
 » messo, per poter dire che a malgrado questa
 » conoscenza siasi indotto a ratificare tacitamen-
 » te l'ultima alienazione.

» Da quì l'impertinenza della pruova testi-
 » moniale che si è per parte di Tocci invocata,
 » anche perchè nei termini della legge 120 § 1.
 » *de legat.* 1. niun consentimento si sarebbe per

» parte di Luigi Jacuzzi prestato nell' alienazio-
 » ne per potersi sostenere come insussistente la
 » sua dimanda di rilascio.

Considerando che l' eccezione peculiare a ri-
 » guardo del fondo Gardo manca pure di base,
 » mentre lo strumento del dì 2 Dicembre 1811
 » nulla toglie od aggiunge al merito delle quis-
 » tioni già discusse, essendo ovvio che l' aggiu-
 » dicatario non acquisti altri dritti tranne quelli
 « che vantava il debitore espropriato, secondo
 » che sta dichiarato coll' art. 70 della legge de'
 » 29 Dicembre 1828. Quindi non può che sog-
 » giacere alla stessa sorte cui van soggetti gli
 » altri fondi Parridi e Macchia della Guardia com-
 » presi nell' istrumento del 12 Ottobre 1808.

OSSERVAZIONI SULLA 10.^a QUISTIONE

Nusquam tuta fides.

Vir. En. l. 4. v. 373.

Verissimo che l' eccezione della prescrizione non regge: ma perchè? Perchè la G. C. ritenne per vero l'atto di nascita del Sig. Jacuzzi che rimonta all'epoca del 27 Dicembre 1798, malgrado le due contraddittorie fedì firmate dal Parroco, e che si dicono estratte dall'istesso registro, e malgrado le visibili e manifeste alterazioni del registro originale, impugnate e le une e l'altro con querela di falso incidente, dalla G. C. non isfogata con manifesta violazione degli art. 309. a 313. leggi di procedura civile.

Non è poi vero che non regge in fatto l' assunta esecuzione volontaria, perciocchè dagl' istrumenti del 5 Luglio 1817, 11 Aprile 1820, 19

Agosto 1820, 24 Gennaio 1823, e dalle sentenze de' 18 Maggio 1810, e 29 Marzo 1813, risulta che il tutore di D. Luigi Jacuzzi durante la sua minoretà conobbe l'alienazione dei beni fedecommessati, e si è ingegnato di dimandare ed ottenere giudizialmente, che del prezzo de' fondi venduti il Sig. Tocci avesse pagato al minore sottoposto alla sua tutela la rata delle doti materne, ciò che pur conobbe lo stesso Luigi Jacuzzi, il quale fatto maggiore esigè la sua rata rilasciandone quietanza.

Luigi Jacuzzi dunque volontariamente eseguì, tacitamente confermò, scientemente ratificò l'atto di vendita esigendo la rata del prezzo, ed il contrario assunto resiste direttamente alle testuali disposizioni delle leg. 10. ff. *de reb. eor. qui sub. tut.* 7. ff. *de S. C. Maced.* 1. c. *si major fact. rat. habuerit*, che sono state tutte violate dalla Gran Corte. E dove pur la Gran Corte avesse dubitato se Luigi Jacuzzi scientemente avesse ratificato l'alienazione con esigere parte del prezzo, se erano o no in sua conoscenza le alienazioni fatte da D. Francesco Jacuzzi nel 1799, 1804, e 1806, avrebbe non solo potuto, ma dovuto eziandio ordinare la pruova, a cui l'autorizzavano la l. 4. c. *de jur. et fact. ignorant.* 5. c. *de fide instrum.* per rendere più tranquilla la sua coscienza.

Nè a tal pruova si opponeva la legge 120 ff. *de legat.* 1. , poichè tanto dessa che la l. 77. ff. *de legat.* 2. § 27. la nov. 159. cap. 3, e più di tutte la l. 11. cod. *de fideicom.* dell'imperator Gordiano, uniformemente decidono *quoties ab omnibus qui alienatione facta ad fideicommissi petitionem adspirari possunt, ven-*

ditio celebratur, aut quibusdam vendentibus, alii consenserint, contractus auctoritas convelli nequaquam potest.

Infine l'eccezione peculiare a riguardo del fondo Gardo è ben sussistente, perchè comunque non potesse dubitarsi che ai termini dell' art. 70 legge di espropria, l'aggiudicatario non acquista maggiori dritti di quelli che competevano al debitore espropriato, non è men vero che nella specie la sentenza di aggiudicazione del fondo Gardo riconobbe in persona del Sig. D. Francesco Saverio Jacuzzi la qualità di erede fiduciario de' beni fedecommessati da Moliterni, e si sa che la qualità di erede è irrevocabile, siccome n'è indivisibile il carattere, perchè in materia di state e qualità, la sentenza profferita con un contraddittore legittimo ha forza di giudicato contro tutti quelli che vi hanno interesse, giusta la legge 25 ff. *de statu hominum*. e 3. *de collus. deteg.* art. 800. leg. civ. vedi Merlin alla voce *Héritier* § 35 ed alla voce opposizione di terzo § 2. Berriat Saint-Prix p. c. Sirey vol. 24 p. 40.

Se l'aggiudicazione del fondo Gardo fu pronunziata contro D. Francesco Saverio Jacuzzi nella qualità di erede fiduciario de' beni fedecommessati da Moliterni, la sentenza di aggiudicazione non può non costituir giudicato rimpetto a D. Luigi Jacuzzi il quale non può mai istituir giudizio di revindica contro del Sig. Tocci, finchè tal sentenza non sia co' mezzi ordinarii, od straordinarii impugnata e distrutta.

SULLA 11.^a QUISTIONE

» Considerando che il Tocci fu indubitata-

» mente un compratore di buona fede. Di ciò
 » conviene l'istrumento del suo acquisto del dì
 » 12 Ottobre 1808. Niun vizio per esso si ma-
 » nifesta in quanto al dominio che venne tras-
 » messo. Comprò dunque e proseguì ad essere
 » in buona fede sino al giorno della citazione.
 » Quindi da tal giorno propriamente cominciò a
 » correre l'obbligo di restituire i frutti percepiti
 » secondo il testo dell'art. 475 l. c. senza po-
 » tersi pretendere quelli del tempo precedente.

» Considerando che non può cadere dubiez-
 » za sul dritto al rimborso delle migliorazioni,
 » testualmente garantito dall'art. 480 delle stes-
 » se leggi, e sul conseguente dritto di ritenere
 » i fondi vendutigli fino a tal rimborso anche
 » alla base della l. 29 § 2. ff. *de pign. et*
 » *hypothec.*

» Considerando inoltre che è piaciuto al Sig.
 » Jacuzzi per un dovuto rispetto alle ceneri pa-
 » terne di offrire volontariamente con varie con-
 » dizioni anche la restituzione del prezzo. Or
 » perchè tale offerta non si è per anco accetta-
 » ta, è cosa giusta e regolare di mettere il com-
 » pratore, ora che i punti di contesa si trovano
 » già decisi, nella circostanza di poterne profittare?

OSSERVAZIONI SULLA 11.^a QUISTIONE

Concordia discors.

Horat. Ep. 12. v. 12.

Questa conseguenza tutta favorevole al Sig.
 Jacuzzi (che dopo aversi incassato il prezzo dei
 fondi venduti, reclama ora impudentemente i fon-
 di medesimi) è in contraddizion manifesta dei

principi dalla G. C. ritenuti, poichè se Tocci è possessor di buona fede, le miglitorie sono a lui dovute per intero, senza doversi attender al meno tra lo speso ed il migliorato, come testualmente decidono le leggi 36 ff. *de haeredit. petit.*, l. 38 ff. *eod.*, l. 38 ff. *de rei vindicat.*, l. 27 ff. *eod.*, ed art. 480 ll. cc., mentre, come bene osserva Garzia *de expensis* cap. 6., le spese fatte dal possessore di buona fede si considerano come sua proprietà, come a lui appartenenti per dritto di dominio, perlocchè la legge gli accorda la ritenzione fino al rimborso. Nel solo contratto di enfiteusi la legge in caso di devoluzione avvenuta per colpa dell'enfiteuta, prescrive che questi abbia dritto di pretendere il compenso per le miglitorie, attenendosi al meno tra lo speso ed il migliorato, art. 1703 ll. cc., ma ciò perchè nell'enfiteusi si riconoscono due padroni il *diretto*, e l'*utile*, e le miglitorie che ha fatte il padrone utile sapeva di farle su di un fondo che non era suo, per cui non può giovarsi della buona fede; ed è altronde giusto che una porzione del prezzo delle miglitorie istesse ceder dovesse in favor del proprietario del suolo, senza del quale le miglitorie non avrebbero esistite.

Ma se il possessor di buona fede fa delle piantagioni in un fondo che crede di appartenergli, egli spende sul fondo che la legge reputa suo, finchè la buona fede perdura, a differenza del possessor di mala fede, *qui sciens in rem alienam impendit.*, e per tal motivo tutte le leggi citate e specialmente la l. 36 ff. *de haereditat. petit.*, attribuiscono al possessor di buona fede il rimborso di tutte le miglitorie di qualunque

natura, sia che le miglione esistessero, sia che fossero state per qualunque causa distrutte, *si res non extat*, come testualmente decide la l. 38 ff. *de haereditat petit.*

Non si sa poi comprendere come la G. C. abbia voluto subordinare la condanna della restituzione del prezzo all' accettazione che il Signor Tocci avrebbe fatta delle condizioni proposte nella offerta del Sig. Jacuzzi.

Tra le 80 leggi che compongono il lib. 6, tit. 1. ff. *de rei vindicat.*, e le altre comprese nello stesso titolo del codice, alcuna non parla di prezzo, alcuna non decide se il possessore di buona fede evitto, oltre della cosa dovesse o pur no perdere anche il prezzo pagato. Solo nelle ll. 3 e 23 c. *de rei vindicat.*, si attribuisce al revindicante il dritto di riprendere *rem non oblato proetio*, allorchè il possessore avesse acquistata in buona fede la cosa da colui che per *vim*, *vel furtim* l' avesse sottratta al padrone legittimo, o l' avesse acquistata da un marito, da una madre, da un tutore, che han fatta la vendita in contraddizion della moglie, del figlio, del minore; ma ognun sa che l' eccezione conferma implicitamente la regola, e nella specie non verificandosi alcuno dei casi previsti nelle due leggi 3 e 23 c. *de rei vindicat.*, non è agevole il comprendere come il Sig. Tocci, ritenuto dalla G. C. qual possessore di buona fede dovesse correre il rischio di perdere *rem et proetium*.

Ma poi quali sono le condizioni a cui avrebbe dovuto il Sig. Tocci sottoporsi, per non perdere il prezzo dei fondi acquistati sotto l' ombra tutelare della buona fede? Quella di accettare la decisione che si sarebbe pronunziata dal-

la G. C. quasicchè avesse D. Luigi Jacuzzi antiveduto che la G. C. avrebbe fatto dritto all'azione di revindica! Quasicchè la G. C. fosse autorizzata a transigere i dritti delle parti, anzicchè a definirli secondo i dettami della legge! Se il prezzo è dovuto a Tocci, gli sarà sempre ed in ogni tempo dovuto, sia che si accetti la decisione pronunciata, sia che se ne produca gravame; e se Jacuzzi intende offrirglielo *per un rispetto dovuto alle ceneri paterne*, come la G. C. ritiene, l'offerta non potea formar oggetto delle deliberazioni della G. C. chiamata a decidere sui dritti dei contendenti *quid juris*, non mai su di ciò che essi volontariamente si propongono di promettere, o di fare, essendo questa l'esclusiva attribuzion dei Notai chiamati a redigere gli atti che racchiudono le contrattazioni provvenienti dalla libera volontà delle parti.

CONCHIUSIONE

Comunque penetrati dal più profondo rispetto verso la Gran Corte; comunque fossimo tanto convinti della nostra debolezza quanto persuasi della saggezza e della estensione dei lumi dei rispettabili Magistrati che la compongono, pur tuttavolta l'interesse della difesa ci ha suggerite le umili osservazioni che osiam rendere di pubblica ragione (1), a solo fine di servir la causa affidataci,

(1) Dobbiam rendere un tributo di giuste e sincere lodi al degno nostro contraddittore e collega l'emerito Avvocato Sig. D. Ignazio Larussa, e ci è pur forza di confessare che alla sua gagliarda difesa è a nostro credere dovuto il dispositivo della decisione che combattiamo con tutte le nostre forze, perchè intimamente convinti della giustizia della causa del Sig. Tocci.

memori che il nostro Ministero ne impone il sacro ed inviolabil dovere

Poichè intanto egli ci ha fatta l'amicizia di rimetterci il trattato della vendita del Sig. Troplong, nel momento in cui la presente *Giunta* era già terminata di compagnarsi, credendo di poter invocare l'autorità di sì valente Giureconsulto in sostegno della sua tesi, ci fia lecito di sottoporre al lettore le seguenti brevissime osservazioni.

1. Troplong il cui nome ne impone religioso rispetto per la sua vasta e veramente profonda conoscenza del Romano dritto rafforza, anzicchè combattere la nostra tesi, e comunque nell'interpretazione della l. 13 § 4. *de haered. petit.* noi non potessimo dividere la sua opinione, pur tuttavolta egli interpreta come noi la l. 25 § 17 dello stesso titolo, e quindi conchiude « Che contro » colui che tiene l'eredità *pro haerede, vel pro possessore*, potèasi agire coll'azione *petitione haereditatis*, ma se il possessore era di buona fede non era tenuto se non *usque eo dumtaxat quo locupletior ex ea re factus esset*; che contro il compratore compete l'azione vendicatoria ch'era un'azione reale *specialis in rem*, ma il vero erede non potea far uso di tale azione, se non dimostrando copulativamente ch'egli era l'erede del defunto, che la cosa faceva parte dell'eredità, e che il defunto n'era il padrone; che se il terzo compratore era di buona fede, potea respingere l'azione di revindica dicendo, *convenias venditorem qui respondere tibi paratus est*; che in fine nel caso in cui fossero state vendute soltanto cose parziali dell'eredità *singulas res*, non si potea giammai contro del compratore sperimentare altr'azione che la vendicatoria, ma questa veniva anche respinta: 1. Se il falso erede era pronto ad indennizzare il vero; 2. Se il compratore avesse un regresso di garentia *si regressum ad venditorem habeat*, giusta la decisione di Ulpiano nel § 17 della l. 25 ff. *de haered. petit.*, affinchè l'economia del *Senatusconsulto* di Adriano non soffrisse alcun sconcerto. »

Se questa è l'opinione di Troplong da lui professata nel trattato de' privilegi e delle ipoteche tom. 2.

Che se, come la favilla si manifesta dall'

num. 468 al quale si riporta nel trattato della vendita num. 960, non si sa comprendere come potesse invocarsi in sostegno della tesi del Sig. Jacuzzi.

Se i limiti di una nota ce 'l permettessero, noi ci lusingheremmo di dimostrare che Troplong ha egli pure deviato dal vero nell'interpretare il § 4. della l. 13 *de haered. petit.* attribuendo ad Ulpiano comentatore del *Senatusconsulto* di Adriano un opinione che non fu mai sua, ma di Cajo Cassio che visse più di un secolo prima di lui, e che con quelle espressioni *an porrigi manus ad emptorem debeant*, intese accordare al compratore un'azione per soccorrerlo contro le molestie del vero erede, anzicchè a questi un'azione per perseguirlo; noi ci lusingheremmo di dimostrare che la distinzione tra la vendita dell'intera eredità, e la vendita di oggetti singolari che il Sig. Troplong seguendo Merlin alla voce *héritier*, e Grenier trattato delle ipoteche tom. 1. n. 51 pag. 185 a 199 crede di ravvisare nelle ll. 13 20 e 25 ff. *de haeredit. petit.* non ha mai esistita nè nella mente del Giureconsulto Ulpiano che ne fu l'autore, nè nella lettera e nello spirito delle leggi che si citano; che in fine la l. 18 ff. *quod metus causa* non stabilisce una giurisprudenza diversa da quella sanzionata nelle ll. 13 20 e 25 ff. *de haeredit. petit.*: ma ciò che abbiain detto di sopra sulla quistione 3. pagina 37 a 92, fia ancor ripetuto pel Sig. Troplong le di cui dottrine nella materia formeranno altrove oggetto di ulteriore disame, bastando per ora il ritenere che secondo Troplong il compratore di oggetti singolari che ha un regresso per garentia contro del venditore *qui regressum ad venditorem habet*, non può essere evitto con l'azione vendicatoria, poichè essendo questo il caso del Sig. Tocci uopo è conchiudere che Troplong appatrina, anzicchè combattere la sua causa.

2. Troplong sostiene in secondo luogo, che le due eccezioni sanzionate nel dritto Romano in favor del compratore di buona fede, per respingere l'azione revindicatoria, cioè *si venditor paratus sit se defendere*, e l'

urto delle selci, così la verità si appalesa dall'urto delle opinioni, deciderà la Corte Suprema

altra si emptor ad venditorem regressum habeat, non debbono aver luogo nella novella giurisprudenza.

In vero in quanto alla prima eccezione *si venditor paratus sit se defendere* egli dice « Che se Fabro allora quando il dritto Romano era in vigore in Francia opinava doversi l'eccezione rigettare, volendo scuotere il giogo del § 17 della l. 25 *de haeredit. petit.* come contrario alla ragione, tantopiù dovesse rigettarsi ora che le leggi Romane si ammettono semplicemente come ragion scritta, e si proscrivono quando sono contrarie all'equità ed a' principj. »

In quanto poi alla seconda eccezione *ex persona venditoris* egli invoca l'autorità dello stesso Fabro ne' suoi *rationalia*, e di Groenevenghen *de legibus abrogatis*, da noi citata di sopra sulla 3. quistione pagina 55 a 56, e per sormontare l'ostacolo che gli oppone la decisione della Gran Corte di Caen del 1814 in causa Perpetil, confermata con arresto della Corte di cassazione del 5 Agosto 1815, ricorre all'articolo 1696 Codice Francese (1541 ll. cc.); articolo 129 e 132 Codice Francese (135 e 138 ll. cc.); alla massima *resoluto jure dantis, resolvitur jus accipientis*; ed in fine ad un arresto recente della Cassazione di Parigi del 26 Agosto 1833 che ha sanzionato il principio « Che il compratore di buona fede di una intera eredità possa essere evitto dall'erede vero. »

Comunque, quando anche ciò fosse vero in fatto, la causa del Sig. Tocci non potrebbe risentire alcun pregiudizio, perchè il suo acquisto rimonta all'epoca del 12 Ottobre 1808, tempo in cui imperava il dritto Romano, pure rendendo un omaggio alla verità ci sia lecito di dimostrare, per quanto ci è concesso dentro gli stretti limiti di una nota, che gli articoli invocati dal Sig. Troplong non sostengono la sua tesi, e che la Corte di cassazione di Parigi coll'arresto del 26 Agosto 1833 non ha fatto che applaudire alle teorie professate dal Signor Merlin, e da noi esposte alla pagina 57 a 67.

In fatti in quanto agli articoli 129, 132 Codice Francese (135 a 138 L. C.) ci riportiamo alla lunga e ra-

gionata discussione fatta dal Sig. Merlin, e dai dotti autori del comentario sulle nostre leggi civili da noi esposte nella pag. 57 a 67 per non essere obbligati ad una inutile ripetizione.

In quanto poi all' articolo 1696 Codice Francese (1542 ll. cc.) osserviamo, che il venditore di una eredità è tenuto a garentire la sua qualità di erede, siccome il venditore di qualunque altro oggetto singolare è tenuto a garentire la cosa che vende rimpetto al compratore, uniformemente a ciò che prescriveva il dritto Romano nelle ll. 1 2 7 8 9 13 14 15 16 ff. *de haered. vel act. vend.*, e 1. cod. *de evict.*, ma che perciò?

Se le stesse leggi Romane che ammettevano tal garentia, appunto per effetto della medesima negavano al vero erede l'azion vendicatoria contro del comprator di buona fede in forza dell' eccezione *ex persona venditoris si regressum ad venditorem habeat* giusta il § 17 della l. 25 *de haered. petit.*, non vi sarà ragione per cui non debba l' istessa eccezione sussistere sotto l' impero delle nuove leggi che uniformemente alle antiche han sanzionata la garentia istessa nell' articolo 1696 Codice Francese (1542 ll. cc.).

Oseremmo poi di dire che il calor della disputa nella quale erasi impegnato il Sig. Troplong lo ha fatto travvedere invocando l'arresto del 26 Agosto 1833 in sostegno del suo assunto, essendo pur troppo vero, che per quanto la discussione illumina, la disputa accieca, che se discutendo si dissipano i pregiudizi, disputando si accendono le passioni, e la verità resta nel fondo del suo pozzo, mentre l'illusione fa le sue veci, e regna in mezzo a noi.

In fatti la specie presentata alla Corte di Cassazione nel 1833 rifletteva la vendita di una intiera eredità reclamata dall' erede vero, contro colui che aveala comprata dall'erede apparente cessionario di tutt' i dritti successivi del venditore, mentre la specie offerta alla Corte di Caen nel 1814, e quindi alla Corte di Cassazione nel 1815 rifletteva la vendita di oggetti singolari. Ed è marcabile che il ricorrente nel 1833 dopo aver riprodotti gli argomenti del Sig. Toullier soggiunge » Ei bisogna » ben marcare che non si tratta nella specie della ven-

o in quelli del Sig. Tocci rinviansi quella veri-

» dita di oggetti singolari, ipotesi principalmente esami-
 » nata da Merlin e Toullier, ma sibbene della vendita
 » di una intiera eredità, o in altri termini di una ces-
 » sione di dritti successivi. Or se poteva esservi qual-
 » che dubbio nel caso in cui si trattasse della vendita
 » di un immobile particolare, sicuramente questo dub-
 » bio cesserebbe quando si tratta di una eredità intera.
 » Su questo punto noi sosteniamo arditamente che non
 » si trova nè nella nuova giurisprudenza, nè nell' anti-
 » ca, nè nel dritto Romano, alcun monumento, o al-
 » cuna autorità che contraddice la nostra proposizione,
 » che anzi il Codice Civile contiene a questo proposito
 » una disposizione che toglie ogni dubbio, qual' è quel-
 » la dell' articolo 1696. »

La Corte di Cassazione ritenendo il ragionamento del ricorrente, e tenendo sotto gli occhi l'arresto del 1815 *in causa Perpetil*, lungi dal deviare da' principi in quel primo arresto stabiliti, colla decisione de' 26 Agosto 1833 si esprime ne' seguenti termini » Attesoc-
 » chè non si tratta nella causa presente di atti di alie-
 » nazioni parziali, ma di una vendita de' dritti succes-
 » sori che nulla può giustificare; attesoche la regola
 » che dichiara valide le vendite parziali dell' erede ap-
 » parente non riceve alcuna applicazione nella specie;
 » per queste considerazioni cassa l'arresto della Corte
 » di Parigi del 1. Maggio 1830. » Vcdi Sirey 34. 2.
 443.

Or chi non vede dietro tuttocciò, che la Corte di Cassazione coll'arresto del 26 Agosto 1833 lungi dal distruggere, non ha fatto che applaudire a' principi sviluppati da Merlin nelle sue quistioni di dritto alla voce *héritier*, e sanzionati dalla stessa Corte con arresto del 5 Agosto 1815? Così l' ha interpretato Sirey nel riportare tale arresto luogo sopracitato; così l' ha interpretato Duvergier tom. 2 n. 305; così l' ha interpretato De-veilleneuve, il quale aggiunge inoltre l'osservazione seguente. » Questa importante decisione si concilia perfet-
 » tamente coll'arresto Perpetil reso dalla Corte di Cas-
 » sazione a 5 Agosto 1815 che ha dato luogo alla ce-
 » lebre controversia tra Toullier e Merlin sugli effetti
 » degli atti di alienazione fatti dall'erede apparente.

170
tà legale che forma il soggetto della presente polemica.

C. M.

» Ivi si trattava in effetti nella specie del primo ar-
» resto dell'alienazione degli oggetti singolari, e non co-
» me qui della vendita dell'*universum jus* della suc-
» cessione, distinzione che la Corte di Cassazione ha a-
» vuto cura di consacrare nelle considerazioni del suo
» novello arresto. »

Ecco analizzati gli argomenti del Signor Troplong, ed ecco discussi tutt' i mezzi di difesa opposti dal Sig. Jacuzzi.

Se siano stati polverizzati, annientati, distrutti, lo deciderà il benigno Lettore, al di cui imparziale giudizio sommettiamo questo qualunque siasi nostro ragionamento.

QUISTIONE

ALLORCHE' IN UN GIUDIZIO CORREZIONALE PER DELITTI FORESTALI, L' IMPUTATO OPPONE UN Diritto DI PROPRIETA', DI SERVITU' E DI USO, O ECCEPISCE *FECI SED JURE FECI*; IL GIUDICE CORREZIONALE DEV' EGLI ESPLETARE IL GIUDIZIO, OPPURE SOSPENDERE IL PROCEDIMENTO E RINVIARE LE PARTI A' FINI CIVILI PER DECIDERSI PRELIMINARMENTE SULLA QUISTIONE PREGIUDIZIALE DI PROPRIETA', DI SERVITU', O DI USO?

A questa e ad altre interessanti quistioni ha dato luogo il seguente

FATTO

Il Signor Barone D. Giuseppe Passalacqua di Cosenza possiede nelle vicinanze della Comune di S. Giov. in Fiore una Difesa denominata Salicone, pervenutagli dall' eredità del fu Barone D. Andrea Barberio Toscano. Questo fondo non è coperto di pini, zappini, faggi, olmi ec. ed altri alberi indicati dall' art. 31 della legge del 21 Agosto 1826, ma addetta in parte a semina, la rimanente superficie del suolo è sparsa di *Candele*, Aceri, piccoli Cerri, e Ginostre.

2. Gli abitanti del Comune di S. Giov. in Fiore situato in una valle rigida entro i limiti della Sila, quasi interdetti *igne et aqua* dagli Agenti delle acque e foreste, nell' assoluta necessità di un' elemento così indispensabile qual' è il fuoco, malgrado tutte le possibili cure del proprietario e degli Agenti forestali medesimi, la devastano nel principio dell' inverno onde provve-

dersi di legna necessarie alla loro sussistenza; e se qualche volta il proprietario per la conservazione de' suoi dritti ha tentato d'impedirne il taglio per mezzo de' suoi guardiani, è stato suo malgrado costretto di adire il Magistrato in via penale contro coloro che mettendo in non *cale* il dritto sacro di proprietà, son ricorsi alla forza per sormontare gli ostacoli che gli si frapponevano, cagionando percosse e ferite a' suoi guardiani, come risulta da' processi esistenti presso quella Regia Giustizia.

3. Sotto il dì 11 Luglio 1831. Il Sig. Giuseppe Puzzella Brigadiere delle acque e foreste accompagnato dal Guardia bosco comunale Salvatore Biafora percorrendo la difesa Salicone rinvenne cento piccioli alberi di Candela recisi, cinquanta simili di Aceri, e cinquanta di Querce e Cerri. Immantinenti si avvisò di formarne il verbale di contravvenzione, e per la speciosa ragione di *non aver potuto rinvenire altre persone nel suddetto fondo*, imputa al Signor Passalacqua la recisione che dice esser stata commessa nello scorso mese di Giugno, indicando per testimonii Salvatore Spadafora, Ignazio Pignanelli, Carlo e Salvatore Oliverio Jazzo, Felice Antonio Lopez, e Salvatore Merandi, quelli stessi cioè che avevano eseguito il taglio in danno della proprietà del Sig. Passalacqua, e contro l'espresso suo divieto, favoriti forse dal Fattore Francesco Talarico che per tal causa era stato congedato dal servizio.

4. Il Sig. Passalacqua appena informato dell'accusa produsse querela contra gli autori del taglio ch'erano stati indicati per testimoni dall'Agente forestale, e quindi si presenta al dibattimento per giustificare la sua innocenza, sostenendo: 1.

che il Giudice debba dichiarare di non esservi luogo a procedimento penale, perchè egli lungi dall'aver ordinato o permesso il taglio, ha sofferto in vece un danno nella sua proprietà di cui ne reclama l'indennizzazione: 2. Che essendo di sua esclusiva proprietà la difesa Salicone, non sono applicabili sul dilui conto le sanzioni degli art. 109 e 122 legge del 21 Agosto 1826: 3. Che finalmente in ogni caso essendo ancor pendente la quistione della proprietà della Sila, debba il Giudice sospendere il procedimento penale, e rinviare le parti a' fini civili per decidersi preliminarmente sulla quistion pregiudiziale di proprietà.

5. Per l'opposto per parte dell'Amministrazione dell'acque e foreste, il Guardia generale Sig. Accattatis sostiene: 1. Che il Giudice non può rinviare a' fini civili la quistione della proprietà, perchè le quistioni che riguardano la Sila dipendono dalle risoluzioni che piacerà al Re (N.S.) di emanare: 2. Che per questo istesso motivo non esiste Giudice cui appartenghi la cognizione delle controversie che insorgono per la Sila tra il Fisco ed i particolari, ed altronde simili cause sono state sempre attribuite ad un Tribunale fiscale: 3. Che l'art. 29 della legge del 21 Agosto 1826 è rimessivo all'art. 109 della legge medesima ch'è stata dal Sig. Passalacqua violato.

Questi sono i fatti semplici che han promosso la presente contestazione.

Fia ora utile analizzare le seguenti quistioni di dritto, la soluzione delle quali deciderà del merito della contesa.

1. ALLORCHÈ IN UN GIUDIZIO CORREZIONALE PER DELITTI FORESTALI, L'IMPUTATO OPPONE UN DRITTO DI PROPRIETÀ, DI SERVITU' E DI USO, O ECCEPISCE *FECI SED JURE FECI*; IL GIUDICE CORREZIONALE DEV' EGLI ESPLETARE IL GIUDIZIO, OPPURE SOSPENDERE IL PROCEDIMENTO E RINVIARE LE PARTI A' FINI CIVILI PER DECIDERSI PRELIMINARMENTE SULLA QUISTIONE PREGIUDIZIALE DI PROPRIETÀ, DI SERVITU', O DI USO?

2. IL GOVERNO HA EGVI REALMENTE UN DRITTO DI PROPRIETÀ E DI CONDOMINIO SU LE DIFESE DE' PARTICOLARI COMPRESE NELL' ESTENSIONE DELL' AGRO SILANO?

3. IL TAGLIO DEGLI ALBERI ESEGUITO SENZA L' AUTORIZZAZIONE DELL' AMMINISTRAZIONE GENERALE RICHIESTA DALL' ART. 29 DELLA LEGGE DE' 21 AGOSTO 1826 PUÒ ESSERE PUNIBILE CON PENA CORREZIONALE?

SULLA 1.^a QUISTIONE

Questa quistione è stata maestrevolmente discussa e risolta dai Signori Merlin nel suo repertorio (1) e Toullier (2) perlocchè bisognerebbe ripetere con fioca voce ciò che con maschia ed inimitabile eloquenza è stato espresso da' più grandi Giureconsulti di Europa.

Il Sig. Passalacqua quindi limitandosi per questa parte al silenzio, osa di ricordare alla saggezza illuminata del suo Giudice che non può sussistere l' idea di delitto di danni e devastazioni sul fondo proprio, perchè è dell' essenza del dritto sacro di proprietà che il proprietario fosse della cosa sua *moderator et arbitrer*, (3) che

(1) Repertorio universale alle voci *question prejudiciel e délict forestal*.

(2) Corso di Dritto Civile Francese tom. 2. n. 142 a 144, e Carrè Analisi di Procedura quest. 71.

(3) Vedi la leg. 1. cod. *de ordine cognitionum*, e le Istituzioni di Giustiniano sotto il tit. *de uct.* § 13.

per effetto di questo principio le leggi di tutt' i popoli e di tutt' i tempi han sanzionata la massima di ragione e di dritto che ne' giudizî correttionali opposta l' eccezione pregiudiziale di proprietà dall' imputato, non possa il Giudice pronunziare condanna finchè non venghi tal quistione preliminarmente decisa dal Magistrato competente; che finalmente la proprietà è ovunque e da pertutto l' istessa, ed in Siberia, come in Francia, in Inghilterra, in Napoli, e nella Sila è sempre regolata dall' istesse leggi e sottoposta agli stessi principî, per effetto de' quali il proprietario può in ogni luogo usar liberamente, ed a suo talento della proprietà, a meno che motivi d' utilità pubblica non gl' imponessero il sacrificio di doverla cedere previa una corrispondente indennizzazione art. 470 l. c. (1). Or poichè Passa-

(1) La proprietà o dominio è il dritto di godere e disporre esclusivamente delle cose nella maniera la più assoluta, purchè non se ne faccia un' uso vietato dalle Leggi e da' regolamenti. l. 21 *cod. mand. Hein. elem. jur. nat.* l. 1. § 231.

Questa limitazione al libero esercizio de' dritti della proprietà (diceva il Consigliere Portalis) è un effetto naturale della legge sociale. Nelle società civili l' uomo dev' essere libero, ma non indipendente. La indipendenza presa nel suo stretto significato esclude la libertà perchè costituisce un titolo perenne di reciproca violenza fra gli uomini, come ci attestano l' istoria di Roma sotto i Decenviri, l' istoria d' Inghilterra sotto di Cronvel, e quella di Venezia sotto i Dogi, e sotto il consiglio dei Dieci. La libertà all' opposto non si ottiene che col sacrificio dell' indipendenza: i cittadini sono liberi senza essere indipendenti ove sien sottomessi alla legge che li protegge, ed è perciò che sotto i governi Monarchici l' uomo gode della maggior libertà, e l' agricoltura fiorisce, perchè in siffatti governi il suddito è al covertò di

lacqua non è stato nè richiesto, nè ordinato di cedere la sua proprietà al Governo, il Regio Giudice non farebbe che rispettare le massime di una giurisprudenza costante ch'è della legge l'interprete la più sicura, nell'ordinare che si sospendesse il giudizio penale finchè non venghi decisa la quistione pregiudiziale della proprietà che al Sig. Passalatqua garentisce il titolo *pro erede*, e che l'Amministrazione delle acque e foreste non si è avvisata nemmeno di attaccare.

Sarà poi vero che il Re (N. S.) si è riservato di emettere delle particolari determinazioni sulle Sile di Calabria, ma finchè queste risoluzioni non saranno prese, finchè queste disposizioni non si saranno date, per volontà dell'istesso Sovrano espressa nella legge Organica del 19 Maggio 1817, e Real Decreto del 2 Gennaio 1822, ai soli Giudici Civili è concesso di giudi-

ogni aggressione per parte dei suoi nemici esterni, e di ogni parzialità per parte di coloro ch'esercitano il pubblico potere; e l'agricoltura, questa madre e nutrice feconda degli uomini che riproduce tutti gli alimenti della vita e le materie del commercio; protetta dal Sovrano rende floride le Città a misura che si fertilizzano le campagne. Vedi Raynal Storia filosofica e politica del commercio nell'Indie lib. 18 cap. 7.

Il rispetto dovuto alla proprietà non può essere modificato che per vedute di utile generale, giacchè il pubblico deve al ben privato anteporsi, quante volte non sia possibile di farli andare di accordo. Vedi le riflessioni dell'Anonimo al cap. 26 lib. 15 dello spirito delle leggi. Da ciò nasce la massima sacra stabilita dall'art. 470 l. c. e rispettata da' Codici di tutte le nazioni civilizzate, che niuno può essere costretto a cedere, o ad alienare una sua proprietà se non per causa di utile pubblico, e mediante un giusto e preventivo compenso. Vedi l. 11, e 14 ff. *de contr. empt.*

care sulle quistioni di proprietà, nè si è mai interdetto loro l'esercizio delle attribuzioni che gli accorda la legge nelle cause relative alla Sila di Calabria (1). I Tribunali Fiscali, i Tribu-

(1) Sua Maestà (D. G.) nell'aversi riserbato coll' art. 29 della legge del 21 Agosto 1826 di prendere altre disposizioni su' boschi siti in territorio della Sila soggiunge, che tali disposizioni si sarebbero date dopo che si sarà esaminata la quistione su' dritti di proprietà o condominio che può vantarsi il Governo.

Risulta da tutto ciò che S. M. non si ha riserbato il dritto di decidere da se le quistioni che riguardano la Sila, come pretendono gli Agenti delle acque e foreste, ma che solamente il Governo ha dichiarato che sarebbe per dare delle disposizioni relativamente ai boschi esistenti nell' Agro Silano, dopo che le quistioni su i dritti di proprietà della Sila sarebbero state definite dai Magistrati competenti.

Egli è vero che anticamente i Sovrani esercitavano direttamente da se il potere giudiziario; egli è vero che i Consoli giudicarono dopo i Re, come i Pretori dopo i Consoli; che per effetto di questo costume il Console Bruto fece morire i suoi figliuoli, e tutti quei che avevano congiurato per i Tarquinii: che Augusto, Vespasiano, Trajano, Adriano, Antonino, Marco Aurelio decidevano indistintamente le cause civili e criminali de' loro sudditi; ma questo costume abolito sotto di Costantino, e risorto sotto Giuliano perì con lui, nè dopo la sua morte si videro più de' Principi esaminar di persona gli affari de' loro sudditi, essendosi lasciata la bilancia della Giustizia nelle mani de' Giudici ordinari, poichè si è conosciuto che moltiplicati ne' nostri tempi i rapporti tra gli stati, siccome si son moltiplicati quelli tra gli individui che lo stato compongono, non potrebbe il Sovrano occuparsi personalmente delle cause civili e penali de' suoi sudditi senza mancare alle occupazioni più gravi che richiamano la sua alta attenzione e vigilanza pel bene dei sudditi istessi. Vedi l' autore dello Spirito delle Leggi l. 6. cap. 5. lib. 11. cap. 8. e Merlin nel suo Repertorio alle voci *Justice, et Pouvoir judiciaire*.

nali Misti, e tanti altri Tribunali di eccezione ch' esistevano tra noi dal 1570, allorchè si cominciò a disputare per la prima volta della proprietà della Sila, sono stati definitivamente aboliti colle leggi del 21 Marzo e 29 Maggio 1817 (1), ed i Magistrati creati in forza di queste leggi medesime sono i soli che possono esclusivamente esercitare giurisdizione nel Regno per le cause di loro competenza, poichè in queste sole leggi si contiene il dritto pubblico del Regno delle due Sicilie, come si esprime il Real Decreto del 2 Gennaio 1822.

A che dunque invocare Magistrati aboliti, leggi abrogate, competenze distrutte e sepolte per farle risorgere dalla tomba in cui giacciono da lunga serie di anni, onde giudicare della causa del Sig. Passalacqua? E non sarebbe questo un attentare alle leggi viggenti, ed alle giurisdizioni novelle, che per volontà dell' ottimo Principe che regge i nostri destini, sono esclusivamente incaricate della tutela de' dritti dello Stato e de' particolari?

(1) L' istoria del nostro Regno ci fa ricordare con raccapriccio delle tante diverse e complicate giurisdizioni de' nostri antichi Tribunali; ma S. M. l' augusto Ferdinando I. colle leggi Organiche de' 25 Marzo 1817, e 29 Maggio detto anno, e colla legge del 26 Marzo 1819 distrusse per sempre quelle giurisdizioni ch' erano state già annientate sotto l' occupazione militare col Decreto del 20 Maggio 1808, e la cui esistenza avrebbe fatto onta ai lumi del secolo; siccome colla legge del 21 Maggio 1819 abrogò le antiche costituzioni, e le antiche Prammatiche ec. ec. Potrebbe ora l' Amministrazione delle Acque e Foreste farle risorgere contro l' espressa volontà Sovrana?

SULLA 2.^a QUISTIONE

L' esame di questa quistione parrebbe superfluo nello stato attuale della causa; ma perchè non sembrasse che l' eccezione di proprietà prodotta dal Sig. Passalacqua sia alimentata dal cavillo forense, e di sussistenza sfornito (1), ci fia lecito d' intrattenerci alcun poco a delibarla, per quanto è permesso al Giudice penale di esaminare simili quistioni, al solo fine di pronunziarne l' ammissibilità, rinviando il fondo della quistione a' Giudici del merito.

Il Governo ha egli la proprietà esclusiva dell' intero Agro Silano, o almeno un dritto di condominio co' proprietari delle particolari difese?

Così si sostiene dagli Agenti delle acque e foreste, ma Sua Maestà (N. S.) nella legge del 21 Agosto 1826 art. 29 si esprime così « Di-
» chiamo che tutte le facilitazioni accordate
» colla presente legge a' privati proprietari dei
» boschi, non riguardano i fondi posti nel teni-
» mento delle regie Silc delle Calabrie, pe' quali
» ci riserbiamo di prendere altre disposizioni,
» dopo che si sarà esaminata la quistione su

(1) Il Sig. Consigliere Canofari nel Comento all' art. 426 delle leggi penali propone la seguente quistione: « Opposta nel giudizio penale l' eccezione di proprietà, » qual contegno dee spiegare il Giudice criminale? » E la risolve ne' seguenti termini « Il conoscere *delle pro-*
» *prietà* è attributo dei Magistrati Civili.

» Dee quindi l' autorità criminale sospendere il giudizio per sino a che il Giudice Civile non pronunzii » sulla proprietà. Salvi i casi in cui la eccezione si tro- » vi *interamente* spoglia di verisimiglianza; si m^ostri » in *aperta* contraddizione colle carte esistenti in pro- » cesso; sia *evidentemente* cavillosa.

» dritti di proprietà, o di condominio, che può
 » vantarvi il Governo; ed intanto vogliamo che
 » qualunque taglio da farsi in detto tenimento
 » debba essere autorizzato dalla Direzione gene-
 » rale per vegliare su' nostri dritti; » dal che
 risulta che il Governo ha ancora per problema-
 tico il dritto di proprietà o condominio sulla Si-
 la, che pende tuttavia per questo la quistione
 indecisa da secoli, e che S. M. (D. G.) per
 non pregiudicare i dritti della Real Corona, e
 non attentare nel tempo istesso al dritto sacro
 della proprietà altrui, non soddisfatta dal rap-
 porto del Direttor generale delle acque e foreste
 ha chiesto il parere della Commissione de' Pre-
 sidenti, il voto della Consulta, ed a malgrado
 di tanti pareri non si è ancora determinata a ri-
 risolvere la gran quistione.

Or se il Governo nella pienezza delle sue
 facoltà, nell' estensione illimitata de' suoi poteri
 dichiara tuttavia quistionabile il dritto di pro-
 prietà delle terre site nell' estensione dell' Agro
 Silano, come mai gli Agenti dell' Amministrazio-
 ne possono sostenere con tanta franchezza che la
 Sila delle Calabrie è proprietà esclusiva del Go-
 verno? E crederem noi a questa mal fondata as-
 sertiva dell' Amministrazione, mentre che viene
 solennemente contraddetta da una dichiarazione So-
 vrana contenuta nella legge del 21 Agosto 1826?

Questa sola osservazione sarebbe sufficiente
 per la soluzione della quistione proposta; ma poi-
 ché gli Agenti dell' Amministrazione si appellano
 all' istoria de' tempi vetusti, ed antichi procedi-
 menti giudiziari, a vari decreti della cessata oc-
 cupazione militare, ci si condoni se in grazia
 della difesa noi ricorriamo agli stessi fonti per

distruggere gli argomenti prodotti in sostegno dell'accusa.

La Sila continuazione degli Appennini, forma una catena di montagne, che prendendo la sua origine dal confluyente del Crati, va a terminare nella foce del Neto.

La sua estensione ai tempi di Strabone (1) era di miglia 70, ora è di miglia 33 di lunghezza, e 23 di larghezza in circa.

Luogo montuoso, orrido ed alpestre, la Sila sembrava destinata a non poter ritenere entro al suo seno che animali feroci, e belve divoratrici: ma niente è difficile per l'uomo, e tutti gli ostacoli si superano, tutt' i cimenti si disprezzano, e la forza stessa degli elementi, la rigidità del clima, la sterilità del terreno, sono ostacoli incapaci a sospendere l'impresa dell'uomo, ove il bisogno lo chiama a compierla.

Svolgendo le istorie noi troviamo abitata la Selva Bruzia fin da remotissimi secoli. I Bruzi popolo ancor più antico degli stessi Lucani, de' Greci, degl' Itali, e degli Oenotrii, abitarono la Sila, sin dai tempi oscuri della favola (2). L'aere umido e freddo, il cibo meschino di erbe incolte e crude, l'albergo infelice nelle tane o nelle cavità degli alberi, la tristezza che ispiravano i monti e le foreste, tutto doveva concorrere a perpetuare lo stato selvaggio de' primi di lei abitatori.

La Sila in effetti non ha cangiato di aspet-

(1) Lib. 6. Vedi ancora Mazzocchi *ad tabulas Heraclenses collect.* 9 pag. 538.

(2) Vedi Strabone luogo sopra citato, non che Dionigi d' Alicarnasso lib. 1. *histor.*

to che dopo molti secoli. Divenuti i Bruzì *Cacciatori*, e poscia *pastori*, ed *agricoltori*; gustati pian piano i piaceri della vita sociale; cresciuti insensibilmente i diloro bisogni, si videro ben tosto delle capanne: le foreste si cangiarono ben presto in ameni pascoli per uso degli animali; e laddove una volta urlava il Lupo, o ruggiva il Leone, il pastore tranquillo vedesi intento a guidare il suo gregge solleticato dal suono della dolce avena (1).

(1) Il primo periodo della vita selvaggia che Omero *Odiss. IX* ci ha espresso ne' *Litofagi*, presenta gli uomini *senza famiglia e dispersi per le selve*, pascendosi solamente di erbe e di ghiande.

Il secondo stato della vita selvaggia ci presenta l'uomo già unito ad una donna che ha rapito, ed armato di tronconi di alberi, (che poi divennero le Clavi degli Ercoli e le aste de' Guerrieri) onde garentire la sua preda. Egli diviene *Cacciatore* in questo secondo periodo, perchè la terra si è omai popolata di bestie, l'uccision delle quali è addetta al suo nutrimento; ma egli incomincia ad aver bisogno di una casa, di una tana, o di un asilo per custodire la sua ispida preda, donde *la prima origine delle famiglie* che furou poi il semenzaio delle Città, come ci assicura l'istoria de' primi Romani simboleggiata nel ratto delle Sabine, nonchè quella delle Elene, delle Arianne, delle Fedre, e delle Medee rapite di cui ci parla l'istoria Greca. Vedi Diodoro Siculo lib. 1. e l'autore de' saggi politici cap. 4. e 5. lib. 2.

Divenuto l'uomo padrone della donna ed in seguito divenuto padre, crebbero i bisogni per cui d'intorno alla casa o alla tana si lasciò benanco un *campo* che lo circondava, e che fu *la prima terra occupata e difesa colle armi*.

Non bastando la caccia e la pesca ai Selvaggi cresciuti di numero, essi conservarono quelli animali che prima uccidevano e divennero *pastori*; ed essendo necessario di render stabile il possesso de' pascoli che prima era momentaneo, e di supplire con altri mezzi ai biso-

Ristretto era dapprima il dilloro territorio, perchè pochi erano ancora i loro bisogni: ma non tardarono guari ad estendere i confini, non appena conobbero la necessità di avere un suolo più fertile, più ubertoso, e più capace a fornir loro de' prodotti utili a migliorare la propria esistenza. Essi si estesero a poco a poco su i due littorali del Jonio e del Tirreno, e ben presto divennero padroni di tutta la penisola, che dall' Istmo tra Lao, e Turio, o tra Turio e Cirilli presso Lao (secondo Strabone) va à terminare nell' altro Istmo tra S. Eufemia, e Squillace (1).

Ma selvaggi ancora i nostri indigeni Bruzi erano occupati in continue guerre per sostenere la indipendenza di quel territorio, ch' era divenuto loro proprio, mercè della loro industria, ed in forza di quel dritto che Iddio ha dato agli uomini su tutte le cose create (2). Essi non ri-

gni ognor crescenti per la moltiplicazione dell' umana razza, si ebbe ricorso all' *agricoltura*, onde coltivare le biade naturali ed agresti, che fu l' età di Ercole, di Cerere e di Bacco. Vedi il Vico Scienza nuova, e l' autore de' saggi politici vol. 2. cap. 15.

Ecco i diversi stadi percorsi da' nostri indigeni Bruzi, come da tutti gli altri popoli selvaggi che ci offre l' antica e la moderna istoria.

(1) Vedi Dionigi d' Alicarnasso lib. 1. *istoriarum*, e Mazzocchi nell' opera citata pag. 87.

(2) Loke Governo civile cap. 4. dice: *Dieu, qui a donné le monde aux hommes en commun, leur a donné pareillement la Raison, pour faire de l' un et de l' autre l' usage le plus avantageux à la vie et le plus commode. La terre, avec tout ce qui y est contenu, est donnée aux hommes pour leur subsistance et pour leur satisfaction. Mais, quoi que tous les fruits qui*

conoscevano altro impero che quello della forza, e della robustezza, altra legge che quella della natura, altro vincolo che quello dell'amicizia, del bisogno, e della parentela.

Il bisogno, e l'industria, questi principi creatori della proprietà rianimavano il lor coraggio, ove trattavasi di garantire i propri acquisti, ed essi ne riportavano perciò quasi sempre la vittoria, in esito delle giuste guerre che sostenevano contro i popoli limitrofi.

Nell'anno 311 di Roma, i Sibariti, senza il dilloro consenso, ardirono metter piede nella Selva Bruzia, stabilendosi sulle sponde del Consuento (oggi Busento) (1). Questi uomini barbari, gelosi della loro proprietà gli attaccarono, gli sconfissero, ed ottantasei anni dopo, cioè nell'

elle produit naturellement, et toutes les bêtes qu'elle nourrit, appartiennent en commun au Genre Humain, pendant que ces fruits sont produits, et ces bêtes sont nourries par les soins de la Nature seule, et que personne n'a originellement aucun droit particulier sur ces choses-là, considérées précisément dans l'état de nature: néanmoins, ces choses étant accordées par le Seigneur pour l'usage des hommes, il faut nécessairement qu'avant qu'une personne particulière puisse en tirer quelque utilité et quelque avantage, elle puisse s'en approprier quelques unes. Le fruit ou le gibier qui nourrit un Sauvage des Indes, qui ne reconnoît point de bornes, qui possède les biens du monde en commun, lui appartient en propre, et il en est si bien le propriétaire, qu'aucun autre n'y peut avoir de droit, excepté que ce fruit ou ce gibier soit absolument nécessaire pour la conservation de sa vie.

(1) Consuento è l'istesso che Busento o Vasento che scorre per l'estremo della Città di Cosenza, come ci assicura Cluverio antichità Italiana pag. 747, e Diodoro Sicolo Olympic. 83, anno IV. Vedi Grimaldi nell'introduzione agli annali del Regno di Napoli.

anno 397 di Roma edificarono Cosenza, centro della loro unione, per meglio difendersi da' popoli vicini.

Gli uomini feroci, che vivevano uniti nelle famiglie qua e là disperse, venendo offesi da' forastieri, o assaliti da' vicini selvaggi, che tentavano sloggiarli da quel terreno, che il bisogno o l'industria fece loro proprio, si uniscono per resistergli, e fondano i vichi, i paghi, e le città! Così la necessità della comune difesa, ed il timore dell'altrui aggressione, siccome dapprima uniscono la famiglia alla famiglia, accostano di poi il vico al vico, il pago al pago, e finalmente formano le città e le fortezze! (1). Così finalmente i popoli selvaggi, delle terre inculte dicui l'Autore della natura concesse gratuitamente l'uso a tutti gli esseri creati, parte l'addicono a proprietà privata coltivandola, dissodandola, circoscrivendola, e sottraendola dagli usi degli altri selvaggi; e parte l'abbandonano agli usi comuni per goderne promiscuamente in concorso degli altri loro simili, o per accorrere ai bisogni della Tribù cui appartengono! (2).

(1) Vedi Raynal istoria de' stabilimenti di America, e Tacito *de moribus Germanorum*.

(2) Nel X secolo e propriamente nell'anno 902. (secondo Sigonio, ed il Grimaldi) edificati i Casali dopo l'incursione de' Saraceni, una buona porzione del Campo Silano dovè rimanere a tutti comune, perchè gli abitanti riuniti ne' villaggi non erano al caso d'impiegare lontani da essi il loro travaglio. Appena in mezzo al timore che ingombrava i nostri indigeni, potevano essi coltivare il terreno limitrofo a' loro pagliari. Il rimanente della Sila era comune a tutti quei che menavano ivi gli animali al pascolo, e che più coraggiosi e forti degli altri, vi penetravano per ispargere sul suolo

Le guerre, cui dava luogo la necessità di mantenere il territorio de' Bruzi, non finirono così presto.

È noto che i Bruzi furono obbligati a battersi co' Lucani per vendicare l'usurpazione loro fatta del campo Silano, e che dopo distrutto il forte eretto in uno de' sette colli di Cosenza dalle truppe di Dionigi il giovane venuto in soccorso de' Lucani, mercè l'aiuto della donna Brezia, fece con essi la pace (1).

È nota la guerra sostenuta co' Cotroniati, e l'altra co' Tarantini, in di cui soccorso essendo venuto Alessandro il Molosso Re di Epiro, perdè miseramente la vita nel fiume Acheronte, dopo che le sue truppe, che aveano occupata Cosenza, furon scacciate, e quasi tutte distrutte.

Sono risapute finalmente le guerre ch'essi sostennero co' Romani, e le vicende cui i Bruzi soggiacquero, rimanendo in varie riprese or vincitori, or vinti (2).

Gli uomini riuniti una volta a formare una società civile conosciuti una volta i vantaggi di questa società, non ritornano volentieri nello stato di barbarie donde sono sortiti. Essi si ricordano de' mali che la società puramente naturale

i loro sudori, senza che alcuno in particolare ne avesse fatta qualche riserba di dritti.

È questa la vera definizione delle cose comuni, è questa l'origine della denominazione de' comuni, che conservano tuttora tali fondi della Sila. Vedi Vattel *Droit des gens* vol. 1. cap. 20 v. 234 a 252.

(1) Diodoro Sicolo, e Giustino narrano l'istoria di quelle guerre.

(2) Vedi gli autori citati, nonchè Grimaldi istoria civile del Regno di Napoli.

loro faceva spesso risentire. Ove sono ignote le leggi, ignote le pene, l' uomo più debole è necessariamente esposto a' capricci del più forte; la sua sussistenza, frutto de' suoi sudori diviene spesso oggetto della rapina; il suo onore, la sua vita, sono de' beni precarî de' quali può rimaner privo in ogni istante; e la diffidenza, l'incertezza, ed il timore sono gl' inseparabili compagni dell' infelice, che trovasi a far parte di tali primitive società.

I Bruzi dopo l' edificazione di Cosenza cominciarono ad avere un rango fra le nazioni, e capaci di garentire meglio i loro dritti co' mezzi che gli somministrava la vita sociale, non seppero rinunciare volentieri alla proprietà, ed al dominio acquistato sul campo Silano.

I Romani ne' primi tempi della Repubblica spesso domarono i nostri indigeni, ma all' infuori di una prestazione di animali lanuti, ch' esigea il Questore Romano presso Calvi, le loro leggi, ed il loro territorio vennero religiosamente rispettate. Essi benchè dati al partito di Annibale nel 485 (all' infuori dei Cosentini e Petelini) dopo essere stati soggiogati non perdettero le loro terre, come qualche volta erasi da' Romani praticato co' Galli, e co' Campani, nè furono assoggettati al Vettigale, com' erasi praticato colla Sardegna, coll' Africa, e colla Spagna; appena vennero assoggettati ad un stipendio consistente in un determinato numero di navi, e di armati: e Cicerone che nelle Agrarie enumera partitamente tutte le terre de' popoli vinti aggregate al dominio di Roma, non parla affatto delle terre de' Bruzi.

Nè si è alterata la condizione della Sila

sotto gl' Imperatori Romani. I Bruzi in quell' epoca, al dir di Cassiodoro lib. 11. *Var. bonum pecus indigena ubertate præstant* (1).

Sotto il dominio de' Goti erano obbligati alla prestazione della quinquagesima dell' orzo, vigesima del vino, oltre ad una somma di denaro, tributo detto *superindictum annuum* l. ult. cod. *de superindict.*

Sotto i Longobardi eran costretti di travagliare sul terreno per dare a' vincitori la terza parte del prodotto; ma sì gravosa contribuzione venne a cessare non appena i 36 Duchi Longobardi, conoscendo la loro debolezza, elessero per Re Autari figlio di Clefi, cui diedero la metà de' loro acquisti per sostegno della Sovranità. *Omnem substantiarum suarum medietatem regalibus usibus tribuunt.* Paolo Diacono lib. 3. cap. 16.

Le Regalie cominciarono a conoscersi sotto i Normanni (2). I Cosentini e Martiranesi dietro

(1) Vedi Sigonio, nonchè Giulio Frontino sulle Colonie del popolo Romano. Vedi Tacito annal. 1. 11.

(2) È noto che Federico I. verso la metà del XII secolo e propriamente nel 1158 tenne un' assemblea in Rongaglia, in cui l' Imperatore circondato da' Giureconsulti cercò di conquistare colle loro opinioni quello che più difficilmente avrebbe potuto tentare colle sue armi. Il Giureconsulto Martino fu il primo a dichiarare che il mondo era di proprietà assoluta dell' Imperatore; ma Bulgaro che avea distinto il comando dalla proprietà materiale, gli concedette facilmente il primo, e gli negò la seconda. Intanto allora surse quel dritto di Regalie distinte in *maggiori e minori* che furono adottate dagli altri Principi e specialmente da' Normanni, comunque acerrimi inimici di Federico I. Vedi Sigonio *de Regno Italico* lib. 12. Ottone Moreno autor della Cronica

il trattato di pace conchiuso con Roberto Guiscardo nel 1054, si assoggettarono al peso di un annuo tributo, e si obbligarono al servizio militare.

Divenuto nell' anno seguente Guiscardo padrone di Squillace, e di Reggio, e di quasi tutta la Region Bruzia, ha esercitato in tutta l'estensione de' suoi domini delle regalie per sostenere la Sovranità. Queste, simili a' dazii de' Romani, consistevano nel *jus plateatico, iuvatico, fida, jandaggio, e dritto della pece*, per le quali pagavansi delle prestazioni, il di cui aggregato formava ciò che sotto Rugiero prese nome di *Dogana*, e sotto gli Svevi di *Bagliva*(1), parte della

di Ladi anno 1158. *Gravina de ortu et progresso juris* cio. lib. 1. La costituzione di Federico 1. inserita nel tit. 56 lib. 2. *de feudis* venne tosto adottata nel Regno comunque egli non avesse mai da Sovrano dominate le nostre contrade, ed essa fu quasi il fonte da cui desumevansi tutte le Regalie. La costituzione di Federico annoverava tra le regalie le seguenti *Arimanniae, mare, maris litora, aqua profluens, flumina navigabilia, flumina ex quibus fiunt navigabilia, Portus, Ripatica, viae publicae, Pontes*.

Per effetto di un dritto di regalia appartenevano al fisco i Tesori, il jus della caccia, le miniere di sale di qualunque altro minerale o che fossero in luogo pubblico o che fossero in luogo privato, come rileviam dalla Costituzione di Guglielmo I. al titolo *de officio secreti*, dall'altra Costituzione di Carlo II. d' Angiò sotto il titolo *de Thesauris*, e dalle Prammatiche 2 e 3 *de sale vendendo*; ed in fine il dritto di tagliare alberi atti alla costruzione de' navigli per tutta l'estensione del Regno, giusta il Bando del 1759, nonchè gli alberi di pino nella Sila di Cosenza, come risulta dalla Prammatica 1 e 2 *de incis. arborum*, Vedi Aloe in Domat lib. prelim. tit. 3. sez. 1. nota 14.

(1) Vedi Montano *de Regalibus*.

quale da Enrico IV, ed indi dall'Imperatrice Costanza, e da Ferdinando II. si è ceduta al Monastero di S. Giov. in Fiore, nell'estensione del territorio Badiale, e ad alcuni altri Monasteri ancora.

Sotto gli Angioni la Sila Bruzia si è sempre considerata di assoluta proprietà e dominio di Cosenza, e Casali. Questi pagavano un tari per ogni giogo di bovi detto *Juvatico*. Essi implorarono l'esenzione, e sebbene non l'avessero per la prima volta ottenuta dalla Regina Giovanna II. l'ottennero dipoi dal Re Luigi d'Angiò; nè si sa come posteriormente avessero perduto questo privilegio (1). Quel ch'è certo però si è che nell'editto del Re Roberto del 1333 espressamente si eccettuano i Cittadini di Cosenza e Casali dal pagamento de' dritti di Bagliva, e Granateria che il Governo esigeva sul territorio Silano. Eccone le parole.

Infra quod tenimentum, curia nostra habet jus plateatici, haerbasii, affidaturae animalium extraneorum, Glandasgi, mineram ferrei, jus picis; exceptis hominibus Consensitiae, et Casalium suorum, qui ad nihil pro dicta praestatione tenentur.

Sotto il governo degli Aragonesi, i Sovrani garentirono sempre a Cosenza e Casali il dominio e la proprietà della Sila. È noto l'Editto di Alfonso Duca di Calabria pubblicato in Foggia nel 1472. È noto il Decreto emesso dal Re Ferdinando d'Aragona nel 1481, dietro supplica de' depu-

(1) Vedi il libro de' privilegi e capitoli della Città di Cosenza e Casali pubblicato nel 1559.

tati di Cosenza e Casali, e la provvidenza data dal Re Ferdinando d'Aragona nel 1497, quando graziosamente ha ordinato restituirsi al resto delle Comuni la Difesa Agnarella, che dal Re Alfonso era stata addetta ad uso di pascolo delle sue giumente; sono risaputi finalmente i salutari Editti pubblicati sotto la vice-Reggenza di Consalvo detto il gran Capitano, sotto Carlo V. e Filippo I. per impedire le usurpazioni de' Baroni, e gli abusi dei Baglivi (1).

Intanto i proprietari delle Difese non furono mai molestati nè dalle università di Cosenza e Casali nè da' dominatori stranieri pria del 1570.

Si è da questa epoca in poi che per la denuncia di Notar Antonio Gerace di Spezzano si è mossa una viva guerra contro i possessori di Difese per mezzo della pubblica Autorità. Si è da questa epoca memoranda per i Calabresi che incominciarono le inquisizioni, e le procedure criminali, per cui i Cittadini di Cosenza e Casali furono obbligati a riunirsi insieme, e far trattati tra essi per garentire i loro dritti. Si è da questa epoca finalmente che volendosi far credere problematica la proprietà della Sila, gli Agenti del Fisco, sull'appoggio di una copia dell'Editto del Re Roberto del 1333, che in allora per la prima volta fu a notizia de' Calabresi, manifestarono insensibilmente, ed a gradi la loro intenzione di aggregare al Demanio della Corona il Campo Silano.

(1) Vedi l'istesso libro de' privilegi di Cosenza e Casali, nonchè la Pram. 1. *de salario eorum qui mittuntur pro negotia seu servitio Regio* pubblicata in Foggia a 14 Settembre 1472.

Il Presidente Montalvo venne per la prima volta in Calabria per dar corso alle denunce di Notar Gerace; a lui successe il Presidente Saluzzi, quindi Valeri, il Marchese del Carpio, Mercader, Petroni, Venusio, Vanvitelli, Dentice, e finalmente il Giudice di Vicaria D. Giuseppe Zurlo.

A quanti disastri non si videro esposti gli infelici Calabresi *per opera de' Mastro d'atti di quei tempi*, malgrado l'integrità e saggezza de' rispettabili Magistrati incaricati del disimpegno! Quali pericoli non sovrastarono loro! Il processo di una risulta cominciava sempre col grande e feroce apparato di una inquisizione. I Cittadini di Cosenza, e Casali erano obbligati ad esibire il titolo del loro possesso, senza che per parte del Fisco se ne dimostrasse giammai alcuno. Essi erano citati a giustificare la renitenza che manifestavano di permettere che la Sila s' incorporasse al Regio Demanio. *Quomodo possident talia territoria, et quare terra occupata reintegrari non debeat in Regio Demanio?* (1).

Nel 1687 sotto il Marchese del Carpio cominciarono le transazioni tra i possessori delle difese ed il fisco, cui si pagavano delle moderate somme per evitare le molestie de' Subalterni, senza mai parlarsi di titolo. Le transazioni crebbero nel 1720 e cogl' istrumenti che si stipula-

(1) Vedi la dotta Allegazione del Sig. D. Domenico Bisceglia, non che la memoria di Pier Paolo Mazzei di Mangone, ove si rinviene minutamente descritta la dolente storia di tutt' i procedimenti giudiziari eseguiti da' delegati della Sila nei diversi tempi.

vano, il Fisco non faceva che confermare a' Cittadini di Cosenza e Casali quel dritto che era lor proprio, rinunciando a' processi compilati.

Nel 1790 l'Augusto Sovrano Ferdinando I. informato de' disturbi suscitati in Calabria per causa della Sila, con suo Real Dispaccio del 6 Aprile detto anno, si 'è degnata approvare in tutte le sue parti il Piano della Giunta, con cui si era proposto di reintegrarsi ai Comuni della Sila le terre occupate da' particolari, e circa il rinsaldimento per i sboscamenti fatti venne incaricato il Giudice di Vicaria Sig. D. Giuseppe Zurlo per acquistare de' nuovi schiarimenti, pria di darsi le definitive determinazioni sul proposito (1).

(1) Non si sa se debba rapportarsi a quest' epoca un progetto in istampa umiliato alla maestà del Re da uno de' suoi Ministri, contenente un nuovo piano per la Sila di Cosenza.

Questo progetto esiste in istampa, ma *sine die te consule*. L' integerrimo Ministro che n' è l' autore, ma dicui non si conosce il nome, dopo aver rassegnato al Governo che *la Sila è un corpo Demaniale de' Cosentini dove molti particolari posseggono delle Difese, ed il governo esercitava le sue regalie consistenti in alcune contribuzioni di vario specie*; che le prammatiche ed i bandi pubblicati nel 1614, 1615, 1618, 1735, e 1769 relativi alla proibizione del taglio degli alberi dimostrano che ciò era stato l' effetto de' bisogni particolari dello stato per la costruzione de' navigli, e per la conservazione della pece; che il Governo possiede nella Sila solamente le camere riservate di *Gallopiano, Carlo Magno, e Luparella*, sol perchè quelle boscaglie in diverse epoche furono da' Sovrani sottratte dal dominio de' Comuni di Cosenza e Casali, e destinate per lo taglio degli alberi di costruzione, e per la così detta *Carrea a' rispettivi littorali del Regno*; conchiude con voce franca, ma animata di zelo pel bene del Re e de' sudditi suoi, che il vaa-

Quest' uomo di Stato fece de' travagli per corrispondere all' incarico affidatogli, e comunque pieno di zelo per gl' interessi Fiscali, nel suo rapporto fatto al Governo non mancò dichiarare

taggio dello Stato richiedeva di doversi sprigionare i Comuni da' ceppi de' subalterni, di doversi incoraggiare le industrie, di doversi allettare gl' individui di Cosenza e Casali per via di un libero esercizio de' propri dritti, per cui passa a progettare i seguenti regolamenti.

» 1. Esaminarsi se le camere chiuse di Gallopano, e di Carlomagno, si possano rendere, cambiando la direzione della Carrea, più profittevoli per lo facil trasporto de' legnami, o debbano altrimenti dismettersi.

» 2. Ampliarsi per quanto sia possibile la camera riservata della *Luparellu*, e soprattutto aggregarvi le montagne di Misuraca.

» 3. Dismettendosi le due prime camere chiuse, o una di esse, introdursi i forni della pece.

» 4. Que' tratti di terra di dette camere chiuse, che sono ingombri di alberi di veruno uso per lo Regio Arsenal, permettersi, con date leggi, e sotto fedele ispezione, che intieramente si taglino, o pure si diradino tali alberi per lo vantaggio dell' Agricoltura.

» 5. Darsi i dovuti regolamenti, ed introdursi le pratiche di altre nazioni per allevare gli arboscelli in quei terreni, da' quali si toglieranno gli alberi arrivati a perfezione, e destinati per uso della Real Marina.

» 6. Sistemate le camere chiuse nella detta conformità, permettersi l' uso del legname morto, e di alcuni alberi, o rami di essi, ma non già de' proibiti, per comodo de' padroni delle Difese, e per li bisogni della Pastorizia.

» 7. Esattamente misurarsi e confinarsi tali camere chiuse, obbligando i possessori alla custodia di esse, e quei regolamenti introducendo, che fossero atti a prevenire ogni disordine ed inconveniente.

» Privare il possessore del dominio delle sue terre boschive, e dargliene il compenso, è una cosa ingiusta, ed inutile. Non concorrendo un bisogno urgente dello Stato, non si possono togliere a' privati i loro do-

che le carte compilate da' delegati della Sila dal 1570 al 1790 si distruggano fra loro , ed ove si fosse dato luogo a tali processi, niente altro avrebbe potuto ritrarsene che un litigio

» mini. La Regia Corte fattasi padrona di tali terre, o
 » permette che i pascoli vi si consumino, e farebbe una
 » perdita senza bisogno, o dovrà vendergli. E perchè
 » privarne i primi padroni per aggiungere in mano de'
 » Baglivi un altro capo di dissensioni?

» 8. Determinarsi il preciso bisogno delle peci per
 » la Real Marina, e stabilire le necessarie boscaglie tra
 » quelle ch' esistono ne' migliori siti della Sila, obbli-
 » gando i possessori al mantenimento, e custodia di essi;
 » badando per lo rimpiazzo degli alberi che si distrug-
 » gono, ed adoperando tutto ciò che si è detto per le
 » camere riservate.

» 9. Darsi le dovute Istruzioni per la fabbrica delle
 » peci, atteso che, giusta gli abusi correnti, si fa il con-
 » sumo del doppio degli alberi che sarebbero necessari
 » per lo mantenimento de' forni delle peci suddette.

» 10. Togliersi la proibizione per gli alberi non
 » servibili ad uso di pece, facendo distinzione tra quel-
 » li che assolutamente impediscono la coltura, e tra
 » quelli che naturalmente, o per la situazione in cui si
 » possono mettere, non le rechino pregiudizio; dando
 » regolamenti, acciò non manchino le legna per gli al-
 » tri usi della vita.

» 11. La designazione delle camere chiuse, tanto per
 » lo legname da costruzione, quanto per le peci, che
 » si faccia non già ad arbitrio, e non intese le parti;
 » ma per mezzo di abili ufficiali della Real Marina
 » colla scorta di uno o due Ministri togati della capi-
 » tale meglio visti da S. M. i quali adoperando la gen-
 » te pratica, e sentendo i Deputati dell' Università, e
 » de' possessori possano essere istruiti, e posti a giorno
 » della verità delle cose per accertare il servizio del Re.

» Per le devastazioni, che sono seguite nella Sila,
 » che formano l' oggetto principale delle mire de' subal-
 » terni dell' udienza, si deve tener presente quel che si
 » è esposto circa il dominio delle terre, e degli alberi
 » di essa Sila, per venirsi in chiaro, che su di quell'

lungo e dispendioso pe' particolari ed incerto pel Fisco; soggiungendo che non gli era stato giammai possibile di rinvenire nè registri della Segreteria di Stato i Decreti della Regia Camera che si dicevano pronunziati in favore del Real Tesoro.

» arboratura i dritti del Sovrano non dipendono dalla
 » ragione di dominio, ma sono poggiati sopra le proibizioni delle Prammatiche, e da' Banni, che si fondano
 » sul bisogno dello Stato, e la conservazione del *jus picis*. Ciò posto i nuovi regolamenti su di questo articolo potrebbero essere i seguenti.

» 1. Una liquidazione imparziale, ed esatta de' tagli e degl' incendj seguiti nella Sila, distinguendo gli alberi delle camere chiuse, dagli alberi degli altri luoghi, dinotando la differente qualità degli alberi medesimi.

» 2. L'anzidetto appuramento eseguirlo, intesi i possessori, che si stimano di esser caduti in contravvenzione, abilitandogli a dire le proprie ragioni, e far distinguere le devastazioni, seguite per causa de' forni della pece, ed a produrre ogni altra giustificazione per mettersi in chiaro la verità.

» Gli ufficiali dell'udienza di Cosenza cederebbero al proprio sentimento sopra ogni altro articolo del nuovo Piano, purché loro rimanesser salve le gradite informazioni Criminali, che secondo il giudizio di esse portano le transazioni profittevoli al Regio Fisco. Il pernicioso sistema de' medesimi forma l'abborrimento delle anime oneste, e nel caso della Sila è riprovato dalla costante esperienza di lunga serie di anni. Le procedure Criminali hanno arricchito alcuni, ma il profitto del Fisco è stato insignificantissimo, e i dritti del Sovrano, e de' sudditi si sono stranamente confusi, ed avviluppati.

» Tuttavolta se dovesse continuare l'antico sistema de' Banni, sarebbe quistionabile l'assunto de' Subalterni, ma trovandosi risoluto, che debba prendersi un nuovo regolamento, non cade in forse, che si debba dar retta alle pacifiche discussioni, che da' possessori

Ma che che ne sia del lavoro di questo Magistrato, esso non produsse alcun effetto, perchè mentre attendevasene lo sviluppo, circostanze politiche turbarono la pace del Regno, ed a queste furono richiamate le cure del Governo.

Dopo tal' epoca i Calabresi respirarono aure di pace e di tranquillità, godendo i proprietari delle difese pacificamente de' loro acquisti, e tutti gli altri abitanti di Cosenza e Casali delle terre così dette *Comuni* che seminavano e pascolavano a lor talento, badando solamente il Governo a proibire il taglio degli alberi di pino, zappino, faggi, cerri necessari alla costruzione de' Vascelli, ed a conservare e perfezionare l'arte picciaria tanto utile ad un Regno quasi tutto circondato dal mare.

In nome del Governo si esigevano ancora dagli affittatori nelle così dette *Comuni* i dritti di *Bagliva* e *Granateria*, rispettandosi sempre le difese de' particolari.

» si desiderano, e non già al tumulto de' giudizi Criminali.

» 3. Riserbarsi le provvidenze per la determinazione del compenso che si dovrà corrispondere da' contravventori, dopo che sarà compito, ed esaminato l'intero disimpegno.

» Egli è vero che in tale conformità rimarranno deluse le mire de' Subalterni, ma resteranno assodate le ragioni del Fisco senza offesa de' particolari.

Quale giustizia! Quale imparzialità! Quanta saggezza, e quanto attaccamento sincero al governo non traspira in questo dignitoso progetto! Esso non è abbellito da' fiori dell'eloquenza, non accompagnato dal lusso dell'erudizione, non sostenuto dal soccorso di antiche favole o di antiche istorie; ma esso parla al cuore perchè persuade alla ragione, ed ha la forza d'imporre a chiunque lo legge nella sua nobile semplicità.

La prima consisteva in una prestazione di grana dieci per ogni bove di aratro, grana due e mezzo per ogni vacca, grana dieci per ogni giumenta, grano uno per ogni porco, calli sei per ogni pecora o capra, grana venti per ogni mulo, grana dieci per ogni somaro, grana cinquanta per ogni carbonaro, carlini dieci per ogni sega, carlini dieci per ogni setto di nevieria, prestazioni tutte che si pagavano da' Cittadini di Cosenza e Casali, che portavano animali al pascolo della Sila, legnavano per uso di fuoco, facevano carboni o neviere, tagliavano alberi per uso di masserie o di tavole. Quando poi si tagliavano alberi per addirli ad opere civili, si esigeva un' altra prestazione compresa pure sotto il nome di Bagliva ch' era del tenor seguente. Per ogni paricchio composto di quattro buoi addetti al trascino del legname carlini quindici, per ogni mulo carlini cinque, per ogni somaro grana venticinque.

Sotto il nome di Granateria si comprendeva l'esazione di un tumolo di genere per ogni tumolata, che si trovava ne' così detti comuni della Sila. Queste prestazioni erano inalterabili per i Cittadini di Cosenza e Casali, ed essi senza il permesso del Baglivo, seminavano, immettevano gli animali al pascolo, e facevano tagli degli alberi come sopra, purchè non fossero addetti ad uso di costruzione.

Diversa era la contribuzione che si esigeva da' forastieri. Essi erano obbligati a pagare carlini cinque per ogni bove di aratro, un carlino per ogni vacca, grana cinque per ogni nero, un grallo per ogni pecora o capra, tre carlini per ogni giumenta; nè mai era loro permesso a qualunque prez-

zo il taglio degli alberi, essendo questa speculazione lucrosa riserbata a' soli Cittadini di Cosenza e Casali.

Sotto l'occupazione militare la *Bagliva*, la *Granateria*, la *Fida*, che prima esigevansi dal Governo in luogo della contribuzione regolata dal numero de' fuochi sul resto del Regno, sono state abolite col decreto del 16 Ottobre 1809.

Il nuovo sistema delle Contribuzioni Dirette venne introdotto colla legge degli 8 Agosto 1806.

Abolita la feudalità col Decreto del 3 Agosto detto anno, venne ordinata la ripartizione de' Demani colla legge del 1. Settembre.

Finalmente gli alberi furono aggregati all'Amministrazione delle Acque e Foreste, regolandosi co' principj della legge in vigore su di tal ramo (1).

I Cittadini di Cosenza e Casali erano in attenzione di godere de' vantaggi che le nuove leggi procuravano a tutt' i Cittadini dello Stato, ma ne vennero privati per effetto dell' art. 2. del Decreto degli 8 Giugno 1807, con cui nell' essersi prescritto il modo onde regolarsi la ripartizione de' Demani Ecclesiastici, Comunali, e Feudali, fu riserbato di prendersi ulteriori disposizioni sulla Sila di Calabria.

Col Decreto del 2 Luglio 1810 si manifestarono le disposizioni riserbate col Decreto degli 8 Giugno 1807. Si promisero gratuitamente delle continenze territoriali a quelli che colle loro

(1) Vedi la leg. del 20 Gennaio 1811, Decreto del 20 Gennaio 1812, e Reg. del 5 Settembre detto anno.

famiglie si fossero portati ad abitare nella Sila, formandovi de' Villaggi.

Questo Decreto rimase ineseguito perchè i Calabresi rifiutarono di ricevere in dono ciò che loro apparteneva in proprietà: li Comuni della Sila continuarono ad essere impiegati all' uso di tutt' i Cittadini di Cosenza e Casali, ed il Governo già spirante dell' occupazion militare non prese ulteriori determinazioni sulla Sila fino al 1815.

Pareva che fosse ormai giunto il momento in cui Cosenza, ed i suoi Casali dovessero godere della calma, riconoscendosi a dilloro favore il dominio, e la proprietà del Campo Silano, ma mentre poderosi eserciti venivano a ristabilire sul Trono di Napoli il Sovrano legittimo, un Decreto di favore segnato da Carolina Reggente sotto il dì _____ in contraddizione delle stesse facoltà accordatele dal marito Gioacchino Murat (1) permise la vendita delle Comuni dette *Suja, Macchia di S. Marco, Torchia, Serra de la Giumenta, Serra di Varga, Campicello di Agarò, Collo di Oracolo, Scalaretto, Scigliano, Campo di Pizzirillo, Campo dell' Alto, Puzzolino, Federici, Frisone, Campo*

(1) Per quanto è a notizia de' Calabresi Gioacchino Murat partendo per l' Italia con Decreto del 22 Gennaio 1814 nominò Reggente Carolina sua moglie, ma limitando le sue facoltà ai termini delle lettere patenti del 2 Agosto 1813, non l' accordò nè il dritto di destituire impiegati, nè il dritto di vendere i beni dello Stato. Ciò malgrado, mentre le armi Austriache marciavano trionfanti per restituire il Sovrano legittimo sul Trono de' suoi Maggiori, Carolina Murat segna il Decreto fatale a' Calabresi, autorizzando la vendita de' beni comuni siti in territorio della Sila.

de' Luponi, Vargo d' Imbuccone, Campo di S. Lorenzo, Macchia longa, Corvo Tarfuri, Pagano, S. Bartolo, Fontana di Gungoli, Croci delle Magare, Canaletto di Camigliati, Sculca, Garrupata, Serra Candela, le Macchie, Langhigello e S. Nicola, S. Giovanni, Acqua Calda, e Forgia, che con Istrumento del 17 Febbraio 1815 furono venduti al Sig. D. Domenico Barbaia in compenso di alcuni suoi crediti.

Questo Decreto lasciava in calma i proprietari delle difese, ma gli abitanti di Cosenza e Casali, ed i più indigenti fra essi che privi di proprietà stabile e permanente ritraevano una sussistenza precaria seminando nelle così dette Comuni, o menando ivi i loro animali al pascolo, se ne spaventarono, se ne afflissero, e furono solleciti a portare le loro querele agli Amministratori della Provincia, perchè avessero garentiti i loro dritti.

Una domanda di autorizzazione a poter intentare un giudizio di revindica è stata avanzata al Sig. Intendente della Provincia, ma il Consiglio d' Intendenza con deliberazione del 29 Settembre 1818 fu d' avviso *doversi dimandare la ripartizione de' Demanj de' Comuni della Sila* citra *praejudicium de' dritti di proprietà che possano vantare sugli stessi.*

Avverso di questa deliberazione non mancarono i rispettivi Amministratori delle Comuni di Cosenza e Casali di produrre, i loro gravami alle autorità legittime, comunque lusingati da un' ordinanza del Sig. Intendente Mandarinì de' 30 Aprile 1819 ne' seguenti termini. « Fino a » che i dritti che i Cittadini di Cosenza e Casali esercitano su de' Comuni della Sila non

» saranno compensati con una porzione della pro-
 » prietà, sarà ad essi lecito di godere di quegli
 » usi, di cui in tutt' i tempi sono stati in pos-
 » sesso, salvo ad eseguirsi le regolarità necessa-
 » rie per il permesso del taglio del legname
 » verde. »

Contemporaneamente i Sindaci delle Comuni di Cosenza, Aprigliano, Pedace, Pietrafitta, Donnici, Cellara, Mangone, Rogliano, Carpanzano, Malito, Grimaldi, avanzarono un' umile e rispettosa rimostranza (1) che fu deposta a' pie-

(1) Scritta dall' istesso Autore della presente memoria. Con essa si umiliava rispettosamente alla clemenza del Re: 1. Che la vendita de' Comuni della Sila fatta al Sig. D. Domenico Barbaja con l' istrumento del 17 Febraio 1815 dovesse riputarsi nulla, perchè la proprietà di tali Comuni apparteneva agli abitanti di Cosenza e Casali, giovandosi essi degli stessi argomenti e degli stessi privilegi riprodotti ed enunciati nella presente causa: 2. Che la vendita dovesse tutto al più considerarsi come una vendita di cosa litigiosa: per cui invocando le disposizioni della Costituzione di Anastasio per *Diversas* riportata nella l. 22 *de redemptoribus litium*, e delle leggi di Giustiniano 22 e 23 *cod. mandati*, nonche dall' art. 1699 del cod. civile allora provvisoriamente in vigore, impetravano il beneficio di tali disposizioni legislative contro le pretese del Sig. Barone Compagna, cessionario del Sig. Barbaja: 3. Finalmente analizzando la quistione sotto l' aspetto dell' economia pubblica, sommessamente, ma coi più fervidi voti rappresentavano al Governo ch' era del suo interesse di garentir loro la Selva Bruzia. « Ella è una massima incontrastabile, (essi dicevano) che la popolazione genera le ricchezze, e le ricchezze generano le popolazioni. Senza uomini non vi è società, e senza mezzi di sussistenza non si avranno mai uomini. Una volta non si pensava che a fare degli Eroi, e la ricchezza si considerava come l' irreparabile rovina degli Stati; ma oggi non vi ha chi possa negare che la felicità consiste nelle

di del S. R. Trono, colla quale impetravano dall' Augusto Sovrano Ferdinando I.^o che attesi i loro antichi dritti di dominio sull' Agro Silano, ed atteso il pieno esercizio de' dritti di semina e di

» ricchezze, quando queste siano il frutto di una vita
 » laboriosa, e de' sudori sparsi sul suolo. L' uomo cir-
 » condato di agi e da comodità è al caso di miglio-
 » rare la sua esistenza, e lo Stato composto di uomini
 » comodi e ricchi, è in conseguenza al caso di signoreg-
 » giare i popoli vicini.

» Le Calabrie da lunga pezza hanno abbandonato
 » lo stato di barbarie, perchè gli abitanti più laboriosi,
 » più comodi, più ricchi, cessate le proibizioni di se-
 » mina sulla Sila, cessata l' inquisizione fatale alla li-
 » bertà civile, ed inimica dell' agricoltura, resa certa e
 » stabile la proprietà sul Campo Silano, i Calabresi ces-
 » sarono di essere ladri per necessità, feroci per carat-
 » tere. Essi divennero mariti e padri di numerose fami-
 » glie; divennero comodi, industriosi, ricchi e culti.
 » Terre sterili e deserte incominciarono a produrre biade
 » salubri, e la popolazione delle Calabrie si aumentò a
 » segno da meritare l' attenzione del Geografo e dello
 » Statista.

» La Segala, ossia gran Germano, biada prima in-
 » cognita nelle nostre contrade è divenuta il cibo ordi-
 » nario de' discendenti de' Bruzi, che non potendo nel
 » corso dell' inverno impiegare le loro braccia sul suolo
 » della Sila per effetto delle nevi e de' diacci, e perchè
 » angusto al loro numero anche nella state, obbligati
 » dalla necessità, corrono qua e là in tutta la Provin-
 » cia e per tutto il Regno a coltivare le fertili, ma spo-
 » polate pianure del Jonio e del Tirreno. Essi con tal
 » sistema provveggon le lor famiglie del gran Germa-
 » no ch'è il frutto del loro travaglio fatto nella State
 » sul territorio della Sila; e co' sudori sparsi nell' in-
 » verno, mentre forniscono l' agricoltura del bisognoso-
 » le nel rimanente della Provincia e del Regno, si pro-
 » curano quanto lor basta per le necessità della vita.
 » Or che ne avverrebbe di questi uomini infelici che
 » son l' anima dello Stato se lor si togliesse il mezzo

pascolo che esercitavano sulle così dette Comuni, si fosse dichiarato nullo il contratto di vendita del 17 febbrajo 1815 fatto al Sig. Barbaja, di cui il Sig. Barone Compagna n' era divenuto cessionario.

I Proprietari delle Difese rispettati nella legittimità de' loro acquisti guardarono con indifferenza le querele, i gemiti, le doglianze della classe indigente, ma S. M. l' Augusto Ferdinando I.^o accolse benignamente le suppliche de' devoti sudditi Calabresi, e l' affare venne rimesso alla Commissione de' Presidenti per dare il suo parere.

Mentre le cose erano in questo stato, il Sig. Direttore generale de' Ponti e Strade, delle Acque e Foreste e della Caccia zelante dei dritti della sua Amministrazione si avvisò di pubblicare nel 1828 una memoria relativa allo scioglimento della promiscuità nella Sila, e con essa sostenne: 1. Che la Sila in origine non era che un Demanio pubblico, divenuto Demanio Regio sin dai tempi della Dinastia Normanna, come dimostrano l' Editto del Re Roberto, le concessioni fatte a favore delle Chiese, ed in fine i processi compilati da' delegati della Sila: 2. Che le difese ivi costituite debbonsi considerare come usurpazioni de' privati, i quali han distrutta l' alberatura in pregiudizio de' dritti del Governo. E quindi egli conchiude progettando *lo scioglimento delle pro-*

» di vivere? Che ne avverrebbe della Provincia se ad
 » uomini di tal fatta si negasse quel suolo che loro diè
 » madre Natura, e ch' essi reclamano per ispargere ivi
 » i loro sudori a profitto delle loro famiglie, e dell' in-
 » tiero Stato?

misquità delle proprietà della Sila, collocando il Governo nella linea di condominio insieme co' Comuni che vantano dritti agli usi civici, proponendo la delegazione di un Magistrato per gli affari della Sila, e d' una Commissione Amministrativa incaricata dell' esecuzione della ripartizione da cui non ne vorrebbe esenti i proprietari delle difese che riconosce per usurpatori, e che senza l' eccezione fatta sulla Sila col Decreto degli 8 Giugno 1807 sarebbero stati obbligati di rilasciare almeno da 18 anni addietro quella porzione istessa di terra che ora secondo il suo avviso dovrebbero cedere per lo scioglimento della promisquità.

Questa memoria del Direttor generale apportò la desolazione negli animi de' proprietari, la di cui sorte divenne più trista della condizione degli abitanti indigenti di Cosenza e Casali, spogliati di fatto delle Comuni della Sila, ove esercitavano i dritti di semina e di pascolo, colla vendita fatta al Sig. Barbaj; questa memoria cagionò lo spavento agli abitanti di Cosenza e Casali che nel numero di 80 mila sparsi in 53 villaggi in un raggio di sette miglia da Cosenza, privi di territorio, e mancando affatto di mezzi di sussistenza, o sono obbligati ad emigrare per l' intiero Regno, nell' opposta Sicilia, in Italia, e per sino in Francia ed in Spagna per ritrarre una sussistenza penosa, o spinti da natural ferocia sono astretti a scorrere le campagne commettendo delitti e misfatti in pregiudizio della pubblica tranquillità.

Ma grazia alla saggezza, alla giustizia ed alla clemenza dell' Augusto Francesco I. la Memoria del Sig. Direttor generale non produsse l' effetto che at-

tendevase, poichè quel clementissimo Sovrano più che Re, padre de' popoli suoi riflettè nell'alta sua saviezza che ripugnava alla giustizia ed alla clemenza assise sul suo Trono (1) che il governo elevandosi a giudice del fatto proprio, decider dovesse tutte le quistioni che pel corso di tanti secoli pendevano indecise per rapporto alla Sila, e che avendo emanate leggi, e creati Magistrati per conoscere le quistioni che sorgere potessero tra il Governo ed i particolari, era a questi Magistrati riserbato di decidere secondo le competenze delegategli dall' Autorità Sovrana. La memoria quindi fu rinviata al parere della Consulta.

Era poi facile osservare, come osservar dovette la saggezza di Francesco I.^o che il primo assunto del Sig. Direttor generale resiste all'istoria del nostro Regno, poichè è noto che *Demanj pubblici* in origine dicevansi i territori dei paesi destinati all' uso delle popolazioni in ciò che concerneva i loro bisogni, e che servir do-

(1) Plinio parlando di Trajano dice *quae precipuae tua gloria est, saepius vincitur fiscus, cujus mala causa nunquam est nisi sub bono Principe*. Vedi Plinio in *Panegirico de vita Trajani*.

E noi possiamo dir altrettanto de' nostri clementissimi Sovrani della Dinastia Borbone, i quali colle Leggi Organiche del 25 Marzo, e 29 Maggio 1817, e colle leggi del 26 Marzo, e 21 Maggio 1819, 12 Dicembre 1816, 21, e 25 Marzo 1817, nell' aver pubblicato il Codice per lo Regno delle due Sicilie, e le leggi Amministrative affidarono indistintamente ai Giudici Civili, e del Contenzioso Amministrativo, senza alcun privilegio, le cause dello Stato, rendendole eguali a quelle che interessano i semplici particolari.

vevano in massa a ciò che poteva esser necessario allo Stato (1).

I Longobardi ed i Normanni che dominarono il nostro bel paese, de' *demanî pubblici* ne fecero tanti *demanî regi* che concessero ai Feudatari ed alle Chiese (2), ma nè la primitiva

(1) Pomponio nella leg. 239 ff. *de verbor. signif.* ci fa conoscere che ogni popolazione riunita in luogo abitato avea un territorio ch'egli definì *universitas agrorum intra fines cujusque civitatis*.

Grozio *de jure belli et pacis* lib. 2. cap. 3. Puffendorfio *de jure naturae et gentium* lib. 4 a 6, ci assicurano che sin dalla prima unione delle famiglie in luoghi abitati si avvalsero de' campi, de' boschi, de' pascoli che non'erano occupati d'altri, e di cui una parte si è addetta all'uso privato, una parte agli usi pubblici di tutt' i membri della comunità, formando ciò che propriamente si chiama *Demanio*. Vedi Vattel *Droit des gens* v. 1. cap. 20.

È poi così rimarchevole questo dritto (dice il dotto Aloe in Domat lib. preliminare tit. 3. sez. 1. nota 15,) che sebben sia generalmente vero che il popolo abbia nelle mani del Principe trasferiti tutt' i dritti suoi non può dirsi però che siasi parimenti spogliato di questo ch'è il principal fondamento degl' indispensabili soccorsi della vita. Quindi fu riputato sempre tra noi un eccesso della potenza de' Baroni il pretendere che tutto sia demanio del feudo, e nulla abbia di proprio la università alla quale per quanto siano ampie le formole della investitura, non può, nè dee negarsi quel che le si appartiene per *Dritto delle genti*. Hanno perciò le università Demani e Difese. Ne' Demani è permesso a tutti di pigliar gli usi necessari alla vita, come sono di erba, legna, acqua: ma nelle difese è proibito a tutti l'entrarvi senza il pagamento di una quantità stabilita, che comunemente chiamasi *Fida*.

(2) È noto che i Longobardi, i Normanni o Franchi introdussero presso di noi i primi feudi. Dopo la caduta del Romano impero il mostro della feudalità uscito dalle foreste de' barbari della Scizia ha invaso il corso

natura di Demani pubblici si è mai perduta sotto tali *Dominazioni*, nè i conquistatori ardirono di attribuire a se il dominio delle difese, ossia delle terre divenute proprietà de' privati, e quasi parte di lor medesimi mercè il sudore da essi sparso nel suolo (1) per servirci dell' espressioni dell' immortale Portalis.

Demanio Regio e Demanio Feudale, in quell' epoche disgraziate dinotavano l' istessa cosa, poi-

del Reno e del Danubio, e quindi si è stabilito nella bella Italia, dove d' allora in poi i beni per rapporto a coloro che li possedevano incominciarono a distinguersi in *allodiali o burgensatici, e feudali*. Vedi Muratori nella sua Dissertazione *de exteris gentibus que post declinationem Romani imperii Italiam affligerunt aut sibi subjecerunt*. La politica di quei barbari era di dividere la massa delle loro conquiste colle stesse regole colle quali avean fino allora divise le loro prede, di conservare nella vita civile quello stesso spirito d' indipendenza pel quale amavano la guerra di ripartire in fine i popoli conquistati in due sole classi di soldati, e di servi. Vedi Montesquieu l. 30, vol. 3. pag. 341 a 348, ed il Sig. Winspeare Storia degli abusi feudali. Ecco perchè i Longobardi ed i Normanni dichiararono Demani Regi tutt' i Demani pubblici, che quindi concessero parte a' feudatari, parte alle Chiese, e parte ritennero per se per esercitarsi da essi e da' sudditi conquistati una promiscuità di dritti negli usi e nella raccolta de' frutti.

(1) » Si (son l' espressioni del Sig. Portalis) noi per
» mezzo della nostra industria abbiamo conquistato il suo-
» lo sul quale esistiamo; per mezzo suo noi abbiamo
» reso la terra più abitabile, più propria a divenire no-
» stra dimora. L' incarico dell' uomo era, per così dire,
» di compiere la grande opera della creazione.

Ed altrove lo stesso Scrittore dice.

» L' occupazione è il solito ed il solo titolo origi-
» nario di ogni proprietà, il mezzo con cui i nostri per-
» sonali dritti passano nella terra, e la terra diviene
» parte di noi medesimi.

chè i Demanii pubblici o ritenevansi dal conquistatore per esercitarsi da lui o da' sudditi una promiscuità di dritti negli usi e nella raccolta de' frutti, o concedevansi alle Chiese ed ai Feudatari ch' esercitavano la promiscuità cogli abitatori del Feudo: ma nell' uno e nell' altro caso le Difese, ossia le proprietà private sottratte agli usi comuni non facendo più parte del Demanio pubblico e quindi neanche del Demanio Regio o Feudale, furon sempre rispettate in beneficio de' privati occupatori (1).

Da ciò ebbero origine le concessioni fatte nella Sila dal Duca Ruggiero nel 1099 a favore de' Cisterciensi di Altilia, da Tancredi al celebre Abate Gioacchino fondatore di un Cenobio di Ordine Florense, dall' Imperatore Errico IV, da Federico II. e Giovanna I. a favore dell' istesso Cenobio che costituisce la Commenda di S. Giov: in Fiore, e tante altre tenute Ecclesiastiche; da ciò tutte le concessioni de' feudi fatte in quei tempi in tutte le altre parti del Regno. Che anzi Cosenza a ragione si gloria di non essere stata mai la Sila concessa in feudo ad alcun Feudatario; d'essere stata sempre sotto la Regia giurisdizione e tra pochi Demanii Regi conservati alla Corona; d'essere stata sem-

(1) I territori riservati, e su cui era vietato a taluno di penetrarvi, furono dette *Difese* da' Longobardi e Normanni. Ne avevano presso di noi le Comuni, ne avevano i Baroni. Si permetteva il pascolo nelle Difese, o l' uso del legnare, acquare, mediante una prestazione che si chiamava *fula*. *Diffida* dicevasi la pena che si esigeva da coloro che pascolavano o legnavano senza permesso. Vedi la pram. 5 e 15 *de administratione universit.*

pre sottoposta al Governatore della madre patria Cosenza, tanto per la giurisdizione civile che criminale; in fine di non essere stata mai registrata nè ne' quinternoni della Regia Camera della Summaria, nè nell' inventario de' beni Fiscali fatto d'ordine del Re Carlo I.; ciò che prova chiaramente che non solo le proprietà de' privati furono sempre sacre per coloro che le possedevano, ma che anche nella rimanente parte della Sila aperta agli usi comuni il Governo lungi di vantare dritti di proprietà che appartenevano a Cosenza e Casali, non vantava che il dritto delle Regalie (1) comprese sotto il nome di Bagliva, Granateria, Fida ec. che gli abitanti di Cosenza e Casali pagavano in luogo della contribuzione regolata per ragion di fuochi nel resto del Regno.

Nè possono offrire alcun argomento in contrario l'Editto del Re Roberto, ed i privilegi degli altri Sovrani posteriori ed anteriori a lui, come sostiene il zelante Direttore generale delle acque e foreste.

Ed in vero il Re Roberto non fece che stabilire i limiti al campo Silano circondato da' feudi e territori feudali, onde derimere le quistioni che insorgevano per conflitto di giurisdizione ed esercizio di dritti tra feudatari confinanti colla Sila, e coloro ch' esercitavano la Regia giurisdizione; Il Re Roberto non fece che enumerare i dritti che il Governo esercitava sulle così dette terre comuni, senza parlar punto delle difese de' particolari; eppure nell'enunciazione di tali drit-

(1) Vedi Andrea d' Isernia nel titolo *quae sint regalia*, nonchè le consulte del Reggente Molca.

ti vi è un'eccezione in favore degli abitanti di Cosenza e Casali che iudica appartenere a questi la proprietà *exceptis hominibus Consentiae et Casalium suorum qui ad nihil pro dicta solutione tenentur*. In fine l'editto di Roberto inibì la rottura de' termini, vietò il taglio degli alberi e la raccolta de' frutti alle popolazioni confinanti colla Sila, e che non avean dritto sulla medesima, come gli abitanti di Cosenza e Casali che ne furono eccettuati, ma lungi dal ravvisarvisi una sola espressione da cui rilevar si potesse che la Sila fosse proprietà del Governo, tutto in vece ci dimostra che il Re Roberto non volle ne anco per lontana ipotesi contendere a Cosenza e Casali la proprietà.

In fatti quelle parole contenute nell'editto *tenimentum Silae Consentiae*, ed altrove *territorium Consentiae in quo est Sila*, non provano abbastanza che questa Selva era il territorio proprio degli abitanti di Cosenza e Casali?

Il privilegio del Re Alfonso spontaneamente impartito, col quale si proibì farsi difese nella Sila, e si ordinò distruggersi le di già fatte in pregiudizio de' Cosentini medesimi, non prova forse l'istessa verità? E le suppliche de' cittadini di Cosenza e Casali benignamente accolte dal Re Ferdinando I., dal Re Federico, e da Consalvo; i privilegi indi impartiti per la distruzione della difesa fatta in Agnarella ad uso delle Regie Razze; i privilegi del gran Capitano, quelli del Re Ferdinando, quelli dell'Imperator Carlo V. non provano essi ad evidenza che la Sila è stata sempre territorio pubblico della Città di Cosenza e Casali, in beneficio di chi si

è ordinato dismettersi le difese fatte da' particolari, e da' Baroni? (1).

Se la Sila fosse proprietà della Corona, a che quell' espressioni contenute nell' editto di Roberto *Curia nostra solita est exigere jus plateatici, affidaturae animalium extraneorum, glandacii, et jus picis, exceptis hominibus Consentiae et Casalium suorum, qui ad nihil pro dicta solutione tenentur*, facendo con ciò chiaramente conoscere che s' intendevano enunciare i soli dritti che il Governo esercitava sul tenimento della Sila, che pur chiama territorio Cosentino?

La riserva contenuta nell' Editto di Roberto prova se non altro che il dippiù non riservato non apparteneva al Governo; prova che all' infuori de' dritti ivi enunciati, il rimanente era di quegli abitanti cui apparteneva quel *territorium Cosentiae*; prova in fine che una concessione molto anteriore al 1333. ha dovuto aver luogo a prò de' Cosentini la cui mercè essi acquistaron il campo Silano, segregandolo dal dominio della Corona a cui vuolsi ora attribuire in forza del Dominio Eminente (2), solo per l' inesistenza de' titoli di acquisto.

(1) Vedi il prezioso libro de' privilegi e Capitoli della Città di Cosenza e Casali sopracitati.

(2) Un vecchio errore avea fatto credere ne' tempi di ignoranza che il *dominio eminente* racchiudesse un' idea di dominio propriamente detta; ma questo assurdo che tanto degradava la Maestà de' Troni, che tanto ne offuscava lo splendore è stato ormai proscritto dalla filosofia, dalla politica, e dalle leggi; e Sua Maestà il nostro augusto Sovrano Ferdinando I. Borbone dopo avere proclamato nel Codice per lo Regno delle due Sicilie che

Questa istessa verità viene comprovata.

1. Dal privilegio della Regina Giovanna del 1414, con cui si è rilasciato agli abitanti di Cosenza e Casali il *Iuvatico* sul motivo ch'essi non aveano altro territorio che la Sila.

2. Dal privilegio del Re Luigi d'Angiò del 1422. con cui si rimise a' Calabresi il dritto di Granateria che pagavano sulla Sila.

3. Da quello del gran Capitano del 1053., con cui loro si rimise la prestazione di un tarì per ogni giogo di buoi che aravano sulla Sila.

4. Dal privilegio del Re Ferdinando, impartito dietro supplica degli abitanti di Cosenza e Casali, con cui s'impetrava che *gli uomini di Cosenza e Casali, possono godere de' terreni della Sila secondo il tenore de' privilegi e sentenze sopra ciò date.*

5. Dal privilegio del Re Alfonso con cui essendosi riserbati per il governo i luoghi destinati alle Regie Razze, si dimostra chiara la con-

la proprietà è sacra, soggiunge nell' art. 470 che *nessuno può esser costretto a cedere una sua proprietà se non per causa di utilità pubblica, e mediante una giusta e preventiva indennità.*

Omnia Rex imperio possidet; singuli dominio, diceva Seneca *de beneficiis* l. 7; ossia al suddito appartiene la proprietà, al Sovrano l'impero; ed uniformemente a questi principi *Grozio de jure belli et pacis* l. 1. cap. 1. *Puffen jus naturae et gent.* lib. 8. cap. 5: *Boemero introductio jure publico* pag. 250. Portalis esposizione de' motivi num. 43. analizzano e sviluppano i differenti dritti che compongono il dominio eminente del Sovrano. Vedi ancora Montesquieu spirito delle leggi lib. 8. cap. 2., le riflessioni dell' Anonimo al cap. 26 lib. 15 e Vattel *droit des gens* vol. 1. cap. 20. §. 240.

cessione del rimanente territorio Silano a prò de' Calabresi.

6. Dal privilegio del Re Ferdinando Cattolico del 1057. con cui si son conceduti i luoghi pubblici, perchè gli altri erano privati ed appattonati.

7. Da' privilegi di Ferdinando I. del 1481. sopra enunciati, con cui si permise dismettersi a prò de' Calabresi le difese addette alle Regie Razze, nonchè da quei del Re Federico del 1497. e di Consalvo di Cordua del 1503. colle quali si son confermate le stesse disposizioni: risultando benanche da tali atti Sovrani, che il Governo in que' tempi non aveva sulla Sila che la sola Difesa Agnarella e che dismesse le difese Regali, per effetto de' privilegi del gran Capitano, giammai più si videro nella Sila animali di proprietà Regia.

8. Da' privilegi dell' Imperator Carlo V. con cui vennero a beneficio di Cosenza e Casali cedute le difese Regali, ed a prò de' medesimi si è ordinato disbrigarsi le Difese costruite da' particolari, e da' Baroni.

9. Finalmente dal privilegio di Filippo IV. degli 8. Febbraio 1631. con cui il vice Re Ferdinando Afan Enriquez de Ribera, Duca di Alcalà, Luogotenente e Capitan generale del Regno, avuto riguardo alla transazione fatta dai Calabresi nel 1596, tempo in cui sotto il Vice regnato di de' Olivarez avean pagato ducati 40000, per non essere esposti a vendita, con nuovo contratto fatto col Sindaco di Cosenza Sig. Antonio Baracca, e co' Sig. Cesare Caputi, ed Alterio Capisciolto, procuratori e deputati de' Casali, ratificò il cennato istrumento di transazione mercè

lo sborso di doc. 60000, obbligandosi in nome di Filippo IV. felicemente regnante di non potere per qualsivoglia causa *etiam urgentissima, et privilegiata, et pro conservatione status et beneficio Republicae, nec pro bono pacis separare, dismembrare, nec alicui vendere alienare, obligare, vel pignorarè, nec in perpetuum gubernium, aut nominationem officialis concedere detta Città e Casali.*
neque contrahere, vel disponere cuicunque personae illustri, et illustrissimae, ac quamcumque dignitate pollenti.
nec etiam secundo genitu Majestatis praedictae.
declarans, et decernens expresse praedictus excellentissimus Dominus Vice Rex de eodem Regia, et suo dicto nomine scientia, ex nunc pro tunc et e contra quamcumque venditionem alienationem, obligationem, concessionem, et dispositionem
irritam, nullam, et inanem nulliusque roboris et momenti, ac si facta non esset, vel fieret
 soggiungendosi che qualora insorgesse dubbio nella interpretazione di detto istrumento, sempre dovesse interpretarsi a prò de' Calabresi, e che loro si dovesse restituire la somma di ducati 50000, ove il contratto non venisse dal sommo Imperante ratificato, ed in caso di contravvenzione in ogni futuro tempo *et amplius dictus excellentissimus Dominus Vice Rex quo supra nomine promisit, quod dicta Regia Majestas infra menses sex, a praesenti die, praesentem contractum ratificabit.*
et voluit, quod uti forte infra dictum tempus

mensium sex, dicta ratificatio suae Majestatis facta non fuerit, vel in quacunque contraventionis, ex gravi causa, et in quacunque futuro tempore, firmis tamen remanentibus in beneficium dictarum Universitatum, et casalium omnibus, et quibusque juribus eisdem competentibus et competituris, etiam vigore presentis, et praeinserti instrumenti, tunc et in quolibet casu praedictorum, dicta Regia Majestas teneatur statim restituere supradictos docatos 50000 ec. qual' istrumento fu ratificato a 4. Agosto 1644. nell' anno 24 del Regno di Filippo IV.

Infine niun vantaggio possono ritrarre gli Agenti delle acque e foreste per la pretesa proprietà del Governo da' processi compilati da' delegati della Sila, e dal lavoro fatto dall' ex Giudice Zurlo, sì perchè, come abbiamo osservato, l'istesso Giudice Zurlo nel suo rapporto fatto al Governo ha dichiarato *che quei processi si distruggano tra loro, e che avrebbe potuto ritrarsene un litigio incerto per il fisco*, e sì perchè l'istesso Zurlo divenuto Ministro dell' Interno sotto l'occupazione Militare non esitò di dichiarar al suo collega Ministro delle Finanze nel 1813. *che l'abolizione del dritto di fida sulle terre possedute da' coloni sanzionata col Decreto de' 16. Ottobre 1809. dovea essere per giustizia ancora applicata alla Sila di Calabria.*

Or dietro tutto ciò, chi saprebbe sostenere ulteriormente che la Sila fosse proprietà del Governo? Qual Magistrato potrebbe qualificare l'eccezione di proprietà prodotta da' possessori delle difese, come spoglia di *verisimiglianza*, come *evidentemente* cavillosa o in *aperta* contraddizione colle carte esistenti in processo?

Moltomeno il Governo si ha mai appropriata la proprietà esclusiva di tutt'i boschi sparsi sull'estensione dell' Agro Silano.

L'Editto del Re Roberto del 1333 non fece che circoscrivere con 72. pilastri la Sila, enunciando i dritti di Bagliva e Granateria che il Governo esigeva in diverso modo dagli abitanti di Cosenza e Casali, e da' forestieri sul territorio Silano; ma non si è fatto alcun divieto agli abitanti di Cosenza e Casali di recidere alberi in quel territorio, che pur si appella *territorium Consentiae*.

L'istesso Roberto autore del Capitolo *universis* sotto il titolo *quod non extrahantur lignamina extra regnum*, ordinò che siccome per i continui bisogni in cui era di dover fare degli armamenti per mare, conveniva che si fossero trovati pronti i bisognevoli materiali, per ciò niuna persona di qual si sia stato, fosse regnicola o forestiera potesse di suo conto, o per commissione altrui, palesamente o di soppiatto contrattare aste per far lance, dardi, baliste, targhe, ossia scudi di legno, e qualsivoglia altra consimile manifattura per poterle straregnare sotto la pena della perdita del legname che tentassero estrarre, e di once dieci di oro in beneficio del Fisco, e delle altre pene stabilite contro i trasgressori degli ordini Regi.

A' tempi dell'Imperator Carlo V., e propriamente nel 1536 dovendosi accrescere il numero de' Vascelli e delle Galee per le continue incursioni de' Turchi, essendosi fatto conoscere all'Imperatore che i boschi siti nell'estensione di 30. miglia dalla Città di Napoli offrivano una positiva mancanza di legname da costruzione, si

è pubblicata la Prammatica 1. *de incis: arbor.* colla quale fu ordinato che in tali boschi fino a nuovo ordine dell' Imperatore fosse stato soltanto permesso di diramare gli alberi per li bisogni della vita, senza poterli tagliare da' pedali se fossero idonei alla fabbrica delle Galee sotto la pena di once cento per li trasgressori; ma si diede al Vice Re la facoltà di accordar permessi ne' casi di bisogno.

Nel XVI. secolo e propriamente nel 1588. essendo Vice Re in questo Regno il Conte della Miranda si pubblicò altra Prammatica sotto il titolo *de arboribus seu malis antennorum non vendendis*, colla quale si stabilì che per tutta l'estensione del Regno sotto la perdita dei remi, o alberi di antenne, ed alla corporale arbitraria, niuno avesse ardito di comprare o vendere, ma che ne avesse dovuto ottenere la licenza *in inscriptis*.

Sotto la delegazione del Presidente Salluzzi, e propriamente nel 1614 a ricorso di Notar Cerace si spedì un bando proibitivo del taglio degli alberi di pece nella Sila, ma dietro gravame de' Cosentini al Tribunale della Regia camera, con altro bando si proibì l'intacco de' pini, si vietò di attaccarsi il fuoco ad ogni sorta di pini anche intaccati, si vietò parimenti l'estrazione della pece greca e della trementina, ma per rapporto al taglio de' pini che gli abitanti di Cosenza e Casali sostenevano di non doversene tagliare nè restringere, furono intimate le Università per allegare le proprie ragioni, onde darsi in seguito la provvidenza coll' intesa dell' Avvocato Fiscale. Questa provvidenza non fu più data, e solamente con un Decreto de' 10 Gennaio

1615 nell' essersi dato termine al Fisco ed alle parti, si dispose interinamente che i Cittadini di Cosenza e Casali si fossero liberamente serviti del legname de' Pini secchi, tagliandoli per uso di Deda, e per farne fuoco; che avessero potuto egualmente tagliare i pini bianchi arrivati a perfezione tutto che verdi per uso di tavole, travi e cose consimili; astenendosi di tagliare i pini grossi produttivi della pece: ben vero i piccioli pini detti pinastri o pinacchi si fossero potuti anche essi sbarbicare, e distruggere per non impedirsi la coltura de' campi.

In fine Filippo III. nell' istesso anno 1615 nel riconfermare l' Editto di Roberto pubblicò altra Prammatica sotto il titolo *de incisione arborum*, ma come ognuno potrà assicurarsene, il divieto in quella Prammatica stabilito riguardava i soli alberi atti all' uso de' navigli dello Stato o necessari per l' estrazione della pece, dritto di Regalia che il Governo esercitava sul Regio Demanio della Sila, come su tutti gli altri Demanii del Regno. Le sole camere chiuse di *Tacina*, *Carlomagno*, *Cariglione* e *Gallopiano* erano riserbate o esclusivamente addette al privato dominio dello Stato; ma le altre proprietà private sistenti lungo la superficie del vasto territorio Silano furono sempre rispettate ai proprietari, che solo erano nell' obbligo di lasciare intatti gli alberi ch' erano addetti all' estrazione della pece, ciò che chiaramente dimostra che il Governo non ha mai considerato gli alberi della Sila come a lui appartenenti *jure dominii*, perchè altrimenti sarebbe stata inutile la riserva delle camere chiuse di *Tacina*, *Carlomagno*, *Cariglione*, e *Gallopiano*, come sarebbero state su-

perflue del pari le discussioni fatte nella Regia Camera sotto il Reggente Moles nel XVI. secolo per conoscere se i Baroni erano nell' obbligo di prestare gli alberi da costruzione gratuitamente al Governo, o anche fossero a ciò tenuti i privati e le Università di Regio Demanio (1).

Ora che la Feudalità è stata distrutta colla legge del 2 Agosto 1806 ed i Demanii ripartiti colle leggi e decreti del 1.° Settembre 1806, 8 Giugno 1807, 10 Marzo, 2 Luglio 1810, 16 Agosto 1816. Ora che i corsi sono stati aboliti col Decreto del 16 Ottobre 1809, 10, e 24 Maggio 1810; ora che senz' alcuna distinzione, tutt' i boschi del Regno sono stati affidati alla tutela di un' Amministrazione saggiamente regolata dalla legge de' 21 Agosto 1826, come mai si ardisce invocare antiche Prammatiche, antichi dritti di Regalia, antichi privilegi per attribuire al Governo quella proprietà che non ebbe giammai, giammai pretese, e giammai sostenne sulle difese de' particolari? O quella esclusiva proprietà su tutti gli alberi sparsi lungo la superficie dell' Agro Silano, mentre il Governo si ha riserbato solamente le camere chiuse di *Tacina*, *Carlomagno*, *Cariglione*, e *Gallopano*?

Si consulti la legge del 12 Dicembre 1816 dettata dalla saviezza di Ferdinando I., e si vedrà che abolita e vietata perpetuamente ogni promiscuità di proprietà, di rendite, o di dritti tra' Comuni e lo Stato, si è ordinata, senz' alcuna eccezione per la Sila, la ripartizione delle proprietà in proporzione degli usi esercitati.

(1) Vedi le Consulte del Reggente Moles sopracitate.

Si consulti la legge del 21 Agosto, 1826 e si vedrà che la clemenza di Francesco I. e dell' ottimo Principe suo successore che veglia a' nostri destini, lungi di attribuire a se la proprietà delle difese sistenti nell' estensione dell' Agro Silano (come pretendono gli Agenti dell' Amministrazione Forestale), non volle neanche da se definire i dritti che vantar puote sulle terre tuttavia esposte agli usi comuni, se non dopo consultato il parere de' primi Magistrati del Regno, del giudizio de' quali non essendo ancor soddisfatto, ha sospeso di emettere le sue provvidenze Sovrane.

Risulta dall' esposta analisi che il governo non ha mai definita la quistion della Sila pendente da secoli; che i proprietari delle difese ne hanno acquistato il dominio in forza de' titoli originari o derivativi della proprietà mediante l' occupazione ed il travaglio, e co' sudori sparsi sul suolo occupato, la cui mercè questo divenne parte di loro medesimi in forza di quel dritto che Iddio ha dato a tutti gli uomini sulle cose create (1); che il Governo in forza degli stessi ti-

(1) Gli antichi juspubblicisti insegnavano che i beni della terra fossero stati in origine in *comunione negativa*; che in seguito fossero passati alla *comunione positiva* per effetto della necessità; che finalmente pel maggior vantaggio della società si sono introdotti il *dominio* e la proprietà contro i precetti della legge naturale. *Vedi Hein. de jure nat. et gen. leg. 1. cap. 9. §. 231. a 239. Puffen. l. 2. § 5 e 6 l. 4. §. 4, e 8. Grozio de jure belli et pacis leg. 2. cap. 2. §. 1. a 3. Selden de mare clauso leg. 4. cap. 1. Cic. de Uff. leg. 1. cap. 7.*

Gli antichi Poeti, e gli antichi Storici hanno anche

toli possiede nella Sila in esclusiva proprietà, e dominio le sole *camere chiuse di Tacina, Carlomagno, Cariglione, e Gallopano* per le quali son scritte le sanzioni degli art.ⁱ 109, e 122 della legge forestale; che il Governo istesso non vanta alcuna proprietà esclusiva sugli alberi e su' boschi sparsi sulla superficie dell' Agro Silano, perchè tutt' i boschi del Regno sono senza eccezione sottoposti alla tutela dell' Amministrazione

essi immaginato che gli uomini nella prima età del mondo non possedessero beni proprî. I primi parlando dell' età dell' oro dicono, che

Nulli subigebant arva coloni,

Nec signari quidem, aut partiri limite campum,

Fas erat, in medium quærebat ipsaque tellus

Omnia liberius, nullo poscente ferebat.

Orazio parlando degli Sciti e de' Geti leg. 3. Ode 24. Giustino parlando degli Aborigini leg. 53. cap. 1. Tacito de' Germani cap. 26. ci assicurano che quei popoli non riconoscevano proprietà privata, *sed omnia communia et indivisa omnibus erant, veluti unum cunctis patrimonium esset.*

Ma dopo i lumi portati alla Filosofia ed al dritto pubblico dall' immortale Loke Gov. Civ. cap. 4. si è conosciuto che i beni reputati comuni prima dell' occupazione non erano che i beni vacanti; che dopo l' occupazione essi divennero proprî dell' occupante; che i bisogni e l' industria sono stati i due principi creatori della proprietà acquistata per mezzo dell' appropriazione; che in fine il principio di questo dritto si trova in noi, nella costituzione medesima del nostro essere, e l' esercizio dell' istesso dritto imperfetto, passeggero e ristretto alle sole cose mobili nello stato selvaggio ch' è l' infanzia delle nazioni, si è esteso e perfezionato colla ragione, e coll' esperienza, rendendosi la proprietà permanente collo stabilimento dello stato civile. *Tout ce (dice l' immortale Loke) qu' il a tiré de l' état de nature par sa peine et son industrie appartient à lui seul; car cette peine et cette industrie étant sa peine*

delle Acque e Foreste, e regolati dalla legge comune de' 21 Agosto 1826; che finalmente per l'esposte considerazioni, la proprietà delle difese giammai contesa ai privati non può esser loro contraddetta dagli Agenti delle acque e foreste, i quali in contraddizione dell'espressa volontà del Re (N. S.) vorrebbero spogliarneli, attribuendone esclusivamente il dominio allo Stato, perlocchè l'eccezione pregiudiziale di proprietà prodotta dal sig. Passalacqua non essendo nè evidentemente cavillosa, nè intoramente spoglia di verisimiglianza, nè in aperta contraddizione delle carte sistenti in processo, dev'essere accolta dal Giudice penale, ordinandosi la sospensione del procedimento criminale, e rinviandosi la causa ai fini Civili per decidersi preliminarmente sulla question pregiudiziale di proprietà.

et son industrie propre et seule, personne ne sauroit avoir droit sur ce qui a été acquis par cette peine et cette industrie-là: du moins s'il reste aux autres assez de semblables et d'aussi bonnes choses communes.

Bentham trattato della Legislazione tom. 2. cap. 8. dice: *Non vi è proprietà naturale, essa è unicamente l'opera della legge.*

E più appresso: *La proprietà e la legge sono nate insieme e moriranno insieme. Prima delle leggi niente di proprietà. Togliete le leggi, ogni proprietà finisce.*

Ecco perchè Portalis diceva al tempo della compilazione de' Codici. *La legge civile è l'arbitra suprema, ed a lei appartiene di regolare il dritto di proprietà.*

Vedi ancora Pothier della proprietà n. 21, a 26. Vattel del dritto di natura e delle genti cap. 20. §. 234 a 256, e Toullier tom. 3. n. 46 a 71.

Sulla terza Quistione

Sostengono gli Agenti delle acque a foreste, che ai termini dell' art. 29 della legge del 21 Agosto 1826 il Real Governo vanta assolutamente diritti di proprietà o di condominio sui boschi sparsi nell' estensione dell' Agro Silano, e che in conseguenza ogni taglio che si esegue senza l' autorizzazione dell' Amministrazione generale, sottopone il contravventore alla sanzione penale, contenuta negli articoli 109, e 121 della legge medesima.

Ma di grazia questo ragionamento è egli appatrinato dalle regole dell' interpretazion dottrinale che s' insegnano nelle scuole, e che si applicano tutto giorno nel foro? È essa sostenuta dall' analisi della legge medesima?

Colla legge del 21 Agosto 1826 il Legislatore ripartisce i boschi in tre classi, cioè 1.° in boschi dello Stato; 2.° boschi delle corporazioni morali o comuni; 3.° finalmente boschi de' privati. Quindi passa il Legislatore negli art. 26, e 27 a disporre quanto siegue: art. 26. » Quei » boschi indivisi che appartengono allo stato, ed » ai comuni, a' pubblici stabilimenti, a' corpi morali, o a' privati, fino a che non ne seguirà » la divisione, saranno amministrati come boschi dello stato. »

» Art. 27. Quei boschi indivisi che appartengono a' comuni ed a' pubblici stabilimenti, » a' corpi morali o a' privati, fino a che non ne » seguirà la divisione, saranno amministrati come boschi comunali. »

Finalmente nell' art. 29 si esprime ne' seguenti termini. » Dichiariamo che tutte le faci-

» litazioni accordate colla presente legge a' pri-
 » vati proprietari de' boschi, non riguardauo i
 » fondi posti nel tenimento delle Regie Sila del-
 » le Calabrie, pe' quali ci riserbiamo di prende-
 » re altre disposizioni, dopo che si sarà esami-
 » nata la quistione su' diritti di proprietà, o di
 » condominio, che può vantarvi il Governo: ed
 » intanto vogliamo che qualunque taglio da far-
 » si in detto tenimento debba essere autorizzato
 » dalla Direzione Generale per vegliare su' no-
 » stri diritti. »

Or se la Sila fosse proprietà dello Stato per-
 chè non comprendersi nella prima categoria i bo-
 schi siti nell' estensione dell' Agro Silano? E se
 il Demanio vi rappresentasse un dritto di con-
 dominio, perchè non comprendersi nelle sanzio-
 ni degli art.¹ 26, e 27? Perchè finalmente per
 i boschi siti ne' fondi compresi nell' estensione
 dell' Agro Silano, coll' art. 29 si è fatta una ca-
 tegoria distinta da' boschi di proprietà dello Sta-
 to, e da quelli su di cui lo Stato rappresenta un
 dritto di condominio, dichiarandosi che per rap-
 porto a tali fondi pendeva indecisa la quistione
 su' dritti di proprietà o di condominio che può
 vantarvi il Governo? Ciò chiaramente dimostra
 che il Governo distinse i boschi di sua proprie-
 tà non contraddetta, i boschi su cui egli esercita-
 va un dritto di condominio già definito, da que-
 gli altri boschi siti nella Sila di Calabria su de'
 quali il Governo crede vantarvi un dritto di pro-
 prietà o di condominio definibile, ma tuttavia
 conteso e non definito; e che mentre per i pri-
 mi nel tit. 7. sez. 1. 2. 3. fulmina delle pe-
 ne determinate negli art. 89 a 124 inclusivamen-
 te, per il taglio poi che potesse eseguirsi in detto

tenimento, contento il Legislatore di aver disposto che dovesse essere autorizzato dall'Amministrazione generale, non fulmina pena alcuna ai contravventori. Or s'egli è vero che nelle materie Civili, in caso di silenzio di legge il Legislatore impone a' Giudici di giudicare co' principi di quella legge naturale ch'è scritta nel cuore di tutti gli uomini, ch'è più antica di tutt'i Codici, che parla a tutti lo stesso linguaggio, e che è la misura vivente della giustizia e dell'onestà; mentre che nelle materie penali il giudice non può pronunziare una pena che non sia scritta nella legge, e che sarebbe arbitraria sol perchè non inflitta dal Legislatore (1); s'egli è vero che gli art. 109 e 121 sono piazzati nella sez. 3. ove si enunciano le pene per i reati commessi nei boschi e nelle selve dello stato, de' Comuni, dei pubblici stabilimenti, e dei corpi morali: se egli è vero finalmente che gli art. 26 e 27 dispongono che i soli boschi indivisi che appartengono allo Stato, a' Comuni, a' stabilimenti pubblici, a' corpi morali, o a' privati, finchè non ne seguirà la divisione, fossero amministrati come boschi dello Stato, come mai applicare le sanzioni degli art. 109 a 121 a' boschi siti nell'e-

(1) Quantunque la legge si taccia, dice Toullier tomo 1. num. 138 a 142, il giudice negli affari civili non è meno obbligato di pronunziare; egli diventa un Magistrato di equità, la legge parlante, *lex loquens*, perchè l'equità è il ritorno alla legge naturale. Nelle materie criminali all'opposto i giudici non possono in alcun caso supplire alla legge nè interpretarla, perchè nessuno può essere punito se non in virtù di una legge stabilita e promulgata anteriormente al delitto. Vedi l'art. 60 delle nostre leggi penali.

stensione dell' Agro Silano, su de' quali non è ancora definito il dritto di proprietà o di condominio che vanta il Governo? E la pena espressa in un caso, può ella mai applicarsi ad un caso diverso non dal Legislatore contemplato?

L' art. 29 vieta, egli è vero, qualunque taglio ne' fondi posti nel tenimento della Sila senza la previa autorizzazione della Direzione generale, e questa disposizione precettiva dev' essere eseguita, ma non in modo diverso da quello che il Legislatore ha prescritto, *quod voluit Legislator expressit, quod noluit taquit* (1).

Se il Legislatore coll' art. 29 si contenta di stabilire un precetto, ma non una pena a chi lo controvviene, bisogna conchiudere che il precetto debba eseguirsi a cura degli Agenti forestali, cui è imposta la sorveglianza su' boschi per impedirne il taglio, ed i quali sono autorizzati a verbalizzare contro coloro che resistessero colle vie di fatto alle guardie che ne procurano il divieto. Essi debbono personalmente correre lungo l' estensione de' boschi affidati alla loro tutela per impedirne le controvvenzioni anzicchè chiamar responsabili i proprietari che pagano il contributo fondiario, e gli altri pesi dello Stato per essere garentiti nella loro proprietà. Essi debbono adempiere alle funzioni del loro ministero, percorren-

(1) È nota la massima fondata sul cap. 16 *leg. jur. multa fieri prohibentur, quas si facta fuerint obtenant firmitatem*; ed è noto del pari che le leggi precettive non accompagnate da clausola irritante o comminatoria, in caso d' inosservanza non possono dar luogo ad alcuna pena. Vedi Toullier tom. 6 num. 106 tom. 7 num. 516 a 519, nonchè al num. 596.

do le foreste per impedire che i danni avvenissero, anzicchè visitarle dopo che il danno è avvenuto, per poi provocare contro i proprietari quella responsabilità che a loro impone la legge, ed a cui per tal motivo il Governo paga un soldo sulle rendite dello Stato medesimo.

Infine ove volesse applicarsi l'art. 109 a' tagli eseguiti su i boschi siti nelle particolari difese de' proprietari, dovrebbe necessariamente applicarsi l'art. 121 per quel proprietario che si appropriasse il legname secco giacente nel fondo di suo esclusivo dominio, ed in tai casi gli abitanti del Comune di S. Giovanni in Fiore, i di cui fondi son tutti compresi nell'estensione dell'Agro Silano, non potrebbero assolutamente far uso nè di legname verde, nè di legname secco sia per accendere fuoco, sia per gli altri usi di commercio. Ora è mai presumibile che il governo avesse voluto interdire l'uso del fuoco agli abitanti di S. Giov. in Fiore dannati a vivere nel fondo della Sila tra i boschi e le foreste, sepolti per più mesi dell'anno sotto la neve, e dove Eolo esercita nel maggior grado il suo possente impero? Possibile che mentre a tutti gli altri sudditi dello Stato, il Governo provvido coll'art. 5. della legge del 21 Agosto 1826 concede il taglio ne' boschi di proprietà privata per uso di fuoco e per altri usi di commercio, ne sian soli esclusi da tal beneficio gli abitanti di S. Giov. in Fiore, i quali non hanno altre proprietà fuorchè quelle site nella Selva Bruzia?

Ove questa interpretazione sì rigorosa dar si potesse all'art. 121 della legge citata, non sarebbe possibile di evitare una controvenzione alla legge medesima, malgrado qualunque rispetto

per la saggezza e per la giustizia del Legislatore, essendo pur troppo noto che ove la legge attende alla sola *bontà relativa*, senza serbare la *bontà assoluta*, invano la forza dell'una potrebbe controbilanciarsi coll'inerzia dall'altra, perché i sentimenti della natura prevalgon sempre a quelli della forza; ed una legge che imponesse un oblio o esigesse una repressione de' sentimenti di natura, sarebbe una legge di cui invano potrebbe chiedersene l'esecuzione, appena che la forza cessasse di sostenerla (1).

Or perchè fare un'onta al Legislatore, mentre egli ha contrassegnati tutt' i momenti di sua vita e di suo Regno con de' tratti di giustizia, di beneficenza e di umanità? No; questa interpretazione dovuta allo zelo inopportuno degli Agenti dell'Amministrazione Forestale contraddice apertamente alla volontà del Re (N. S.) la cui instancabile beneficenza verso de' sudditi lo fa giustamente chiamare il padre de' popoli suoi questa interpretazione sì oppone direttamente alla legge dettata dalla saggezza Sovrana, ed il Sig. Passalacqua giustamente si augura che venga rigettata dal Sig. Regio Giudice, competente a procedere nella presente causa, in forza delle giurisdizioni conferite dall' Autorità Sovrana a tutt' i Magistrati dell' ordine giudiziario ed amministrativo, e che racchiuse nelle Leggi Organiche del 25 Marzo e 29 Maggio 1817 (abroganti tutte le giurisdizioni anteriori) costituiscono il diritto pubblico del Regno delle due Sicilie.

C. M.

(1) Vedi Filangieri scienza della Legislazione tom. 1. cap. 4. e 5. Montesquieu spirito delle leggi lib. 26. cap. 4.

QUISTIONE 3.

ALLORCHÉ IN UNA DONAZIONE PER ATTO TRA VIVI IL DONANTE DICHIARA CHE IL DONATARIO DEBBA ESSERE CONSIDERATO COME USUFRUTTUARIO DEI BENI DONATI VITA SUA DURANTE E CHE DOPO LA DI LUI MORTE DEBBANO GODERE DEI BENI MEDESIMI I SACERDOTI CHIERICI E NOVIZI DELLA SUA FAMIGLIA IN PERPETUUM, L' ESPRESSIONI DI USUFRUTTO E DI USUFRUTTUARIO ESPRIMON DESSE UN USUFRUTTO CAUSALE O FORMALE ?

Queste ed altre interessanti quistioni si sono offerte nella causa tra D. Giuseppe Pepe, ed i Signori Casalnuovo, Pugliese, e Pittari di Castrovillari, di cui eccone la

SPECIE

Il fu Pier Paolo Pepe col testamento del 1750 mentre era in valida salute, perchè privo di ascendenti e discendenti, volendo provvedere ai bisogni spirituali, istituì eredi nella totalità dei suoi beni i di lui nipoti, Nicola e Giuseppe Pepe, nonchè i sacerdoti in *futurum* della sua famiglia, ed in loro mancanza i chierici ed i novizi della famiglia medesima.

Previde egli il caso che vi fussero più sacerdoti in famiglia, gli uni partecipanti al Clero di Castrovillari, e gli altri no; e nel preferire questi ultimi al godimento dell'amministrazione de' suoi beni, volle che l'intiera rendita si fosse impiegata alla celebrazione di tante messe alla ragione di due carlini l'una.

Previde l' altro caso che non vi fossero affatto sacerdoti , ma solamente chierici o novizi, ed in questo caso dispose che costoro amministrassero la rendita, facendo celebrare le messe alla ragione di un carlino l' una, dedotto prima il proprio mantenimento.

Previde infine che non vi fossero nè preti, nè sacerdoti, nè chierici, nè novizi nella sua famiglia , ed in tal caso dispose che le messe si fossero celebrate dai sacerdoti monaci di S. Francesco di Paola nella sua cappella gentilizia, a condizione però, che sorto appena un sacerdote chierico o novizio nella sua famiglia, dovesse questi amministrare la rendita e celebrare, o far celebrare le messe giusta le sue disposizioni sopra-enunciate.

Pier Paolo Pepe sopravvisse al suo testamento, ma non cangiò mai di volontà circa la disposizione dei suoi beni, che addir volle assolutamente ad opere pie.

Che anzi nel 1758 volendo meglio assicurare l' efficacia delle sue disposizioni, dopo avere enunciato e riassunto il testamento, con atto irrevocabile tra vivi dispose nei seguenti termini.

„ » Ed avendo meglio riflettuto all' affare ivi espresso (cioè al testamento) come pure per altri
 „ giusti ed onesti suoi motivi ave deliberato dichiarare, come effettivamente dichiara col presente
 „ atto che due ore prima della sua morte, o seguita
 „ la sua morte, succedano a detti suoi beni stabili e mobili, jussi e ragioni, recolligenza, ed
 „ in qualsivogliano consistentino ec. anche a titolo di donazione irrevocabile tra vivi per il
 „ grande amore ed affetto , dice aver portato e
 „ tuttavia porta agli sudetti reverendi D. Giusep-

» pe e D. Nicola Pepe suoi nipoti come donatari ed usufruttuari durante la loro vita *tantum*.

» Dichiarando similmente che il cennato stabilito numero delle 150 messe celebrande, non solamente s'intende durante la vita dei sudetti D. Nicola e D. Giuseppe donatari, ma pure anche dopo la morte dei medesimi in *perpetuum* durante la sua famiglia, in mancanza poi di detta famiglia si debbe in tutto e per tutto osservare quel che ave prescritto, ed ordinato nel detto suo testamento.

Surta quindi quistione se la donazione del 1758 dovesse qualificarsi per donazione tra vivi o *mortis causa*, e se contenesse oppur no un vincolo di fedecommesso, noi abbiamo creduto di risolvere la quistione proposta nei seguenti termini.

§. 1.° Il più grande filosofo moralista dell' antichità, l'immortale Epitteto nelle sue sentenze ci lasciò scritto che della volontà non vi è nè ladro nè tiranno, volendo con ciò egli esprimerci che la volontà dell'uomo sottratta ai nostri sguardi, alla nostra attenzione, alle nostre ricerche, non può altrimenti conoscersi che per mezzo di atti esterni, non può altrimenti manifestarsi che per mezzo delle *parole*, dono di cui esclusivamente l'autor della natura ha onorato l'uomo tra l'immenso numero degli esseri creati che vediamo nell'universo.

Or se Pier Paolo Pepe nell'atto del 1758 dichiarò espressamente di voler donare *inter vivos*; se tal dichiarazione si fece (dopo aver riassunto e riepilogato il testamento), come poter dubitare ch'egli avesse voluto ciò che non espres-

se, e ciò che è in contraddizione colle sue parole, indice più sicuro della sua volontà?

I romani gitreconsulti dopo averci espressi i caratteri della donazione tra vivi, non menocchè quelli della donazione *mortis causa*, nella l. 27. ff. de donat. mort. caus. in termini precisi c' insegnano che quando anche la donazione avesse tutti i caratteri della donazione *mortis causa*, dovesse ciò non pertanto considerarsi come una donazione tra vivi, se il donante avesse espressa la sua volontà, perchè la donazione non potesse in conto alcuno rivocarsi.

Marciano che è l'autore della legge citata ecco come si esprime: *ubi ita donatur mortis causa ut nullo casu revocetur, causa donandi magis est quam mortis causa donatio: et ideo perinde haberi debet atque alia quaevis inter vivos donatio.*

E Gotofredo comentando tal legge adduce per ragione *quia pactum adjutum contra naturam contractus ipsum contractum non vitiât, sed eum mutat in aliud contractus genus.*

Questa è ancora la ragione che ne adduce Giulio Claro nella quistione 4^a., Brunemanno nel Comento alla legge citata, Crasso nella quistione 1. n. 4., infine il Woet e tutti i Comentatori del romano dritto, ai quali facendo eco il dotto Fachineo nel suo dritto controverso, ci assicura che questa teoria era divenuta giurisprudenza costante nel nostro Foro.

Or se Pier Paolo Pepe nell'atto del 1758 ripetute fiate dichiara essere sua ferma volontà che la donazione in quell'atto contenuta non potesse nè dovesse in conto alcuno rivocarsi, su qual fondamento potrà essere dichiarata come una

donazione *mortis causa*? E voler applicare a quella donazione una definizione diversa da quella che espressamente c'impone la l. 27. *ff. de donat. mort. caus.* non è l'istesso che andare direttamente contro la volontà manifesta della legge?

§. 2.º Ma vi è dippiù.

Supponendo per poco in contraddizione del voto manifesto della legge che Pier Paolo Pepe avesse voluto fare una donazione *mortis causa*, mentre egli esprime ripetute volte il contrario, noi dovremmo supporlo inconsequente, destituito di senso comune, ed ignaro della legge, la di cui ignoranza nella lingua del Foro giammai si presume.

È comune opinione de' dottori; è canone inconcusso nella giurisprudenza Civile, che l'unico ed esclusivo carattere della donazione *mortis causa*, contiensi nel pensiero della morte, in *mortis cogitatione quae causam dedit contractui*, come ci attesta il giureconsulto Paolo nella l. 1. e 6. *ff. de mortis causa donationibus*, poichè è risaputo che presso i Romani anche il moribondo potea donar tra vivi, siccome un uomo sano potea donare *mortis causa*, mentre, come si esprime la legge 42. *ff. de mort. caus. donat.* nel primo caso *non tam mortis causa, quam morientem donari videtur*.

Egli è vero che pria di Giustiniano la donazione *mortis causa* benchè eventuale e rivedibile fino alla morte, richiedeva di necessità l'accettazione del donatario, quantevolte non avesse avuto luogo la tradizione della cosa donata l. 8. 13. e 38. *ff. de mort. caus. donat.*: egli è vero altresì che allora la donazione *mortis*

caussa era ben distinta dal testamento nella forma non solo, ma ancora negli effetti poichè la sua revocazione non producea che una semplice azione di restituzione, come ci assicurano Furgole sulle donazioni quistione 47., e Riccard delle donazioni, parte 1. cap. 2. n. 24: ma ognun sa del pari che questo primo carattere della donazione a causa di morte insensibilmente disparve, e che Giustiniano nella l. 4. c. *de donat. mort. caus.* e nelle istituzioni al tit. *de donat.* §. 1. finisce con assimilare perfettamente la donazione a causa di morte alle disposizioni di ultima volontà. Vedi Grenier tomo 1. trattato delle donazioni pag. 115.

Or dietro l'esposizione di tali principî, a che fine Pier Paolo Pepe donar doveva *mort. caus.* a Nicola e Giuseppe Pepe quei beni dei quali aveali istituiti eredi col suo testamento del 1750? Se a' suoi tempi la donazione *mortis caussa* assimilavasi in tutto e per tutto a' testamenti, perchè supporre che egli avesse voluto testare di ciò, di cui aveva già prudentemente testato, mentre egli in vece ci assicura che donar volle irrevocabilmente *inter vivos*? Perchè infine fargli il torto di crederlo ignaro della legge (ignoranza che non può esser presunta) mentre egli invece si sforza a persuaderci che della legge era bene istruito, e che per tal motivo non contento di aver disposto dei suoi beni con un testamento che era sempre revocabile, avendoci meglio riflettuto volle confirmare la sua disposizione in un atto solenne e di revocazione incapace?

Signori, il voto espresso della legge 27. ff. *de donat. mort. caus.* l'autorità dei dottori e degl'interpreti del dritto, la giurisprudenza co-

stante dei Tribunali dichiarano assolutamente irrevocabile tra vivi la donazione del 1758, ed io non oso dubitare che il Tribunale Civile di Calabria Citra non sia per ritenere gli esposti principj legali.

§. 3.° Nè si dica che caratterizzandosi come donazione tra vivi la disposizione contenuta nell'istrumento del 1758 potesse essere colpita da nullità per mancanza di accettazione.

Già nell'istrumento del 1758 intervenne il donatario Nicola Pepe tanto in proprio nome che qual procuratore del fratello Giuseppe; già i donatari col donante stipulano un atto solo, un atto la di cui perfezione si compone di due elementi che consistono nel voto di chi dà, e nel voto di coloro che ricevono; ma quando anche questa circostanza mancasse nella specie potrem noi per tal mancanza dichiarar nullo l'atto di donazione fatto nel 1758?

Il dotto Grenier nel suo aureo trattato delle donazioni pag. 10. a 16, tom. 1. c' insegna ciò che per altro tutti i comentatori del dritto romano ci aveano insegnato prima di lui, cioè che sotto l'impero di quelle leggi l'accettazione era necessaria per rendere la donazione perfetta, poichè l'accettazione era uno degli elementi di cui componeasi la donazione come contratto, ma non era punto una formalità intrinseca il di cui adempimento richiedesi dalle nuove leggi per motivi di ordine pubblico ed a pena di nullità: Allora l'accettazione non era necessaria che per manifestare il consenso del donatario perchè *invito beneficium non datur*; allora l'accettazione era una semplice formalità estrinseca il di cui oggetto era di assicurare l'esecuzione dell'atto, ma non una

formalità intrinseca necessaria per la validità della donazione che ha per oggetto di provar l'esistenza dell'atto, come si esprime lo stesso scrittore pag. 269. a 278; allora infine l'accettazione di fatto suppliva alla mancanza di accettazione di forma, perchè il consenso o tacito o espresso, o presunto era sempre atto a produrre un' obbligazione civile, unico oggetto che le leggi romane proponevansi nel richiedere l'accettazione del donatario l. 1. §. 2. *ff. de pactis*, l. 55. *ff. de act. et obligat.* perlocchè tutti i giureconsulti, tutti i comentatori del dritto, tutti i forensi ci assicurano che una donazione nota al donatario, e da lui non ripudiata, s'intendeva sempre accettata finchè non vi esistesse un atto espresso di rinunzia al dono.

L'accettazione non cangiò natura che sotto l'impero delle leggi vigenti, le quali la richieggono non solo come un elemento del contratto, come una manifestazione di consenso che costituisce la sostanza della convenzione, ma l'esigono eziandio come una formalità di dritto Civile il di cui adempimento per motivi di ordine pubblico è richiesto dalle leggi a pena di nullità.

Così il dotto Toullier tom. 5. num. 187.
 » Vi sono due cose da considerarsi, l'accetta-
 » zione in se stessa, e la solennità dell'accetta-
 » zione. Una si appoggia alla sostanza della con-
 » venzione, l'altra non è se non una formalità
 » del dritto Civile.

» L'accettazione non è altra cosa se non
 » il consenso dato dal donatario alla offerta del
 » donante. Il consenso delle due volontà è del-
 » la essenza della convenzione ch' esige il con-
 » senso delle due parti. Al momento dell'accet-

» tazione le due volontà sono riunite, così l'ac-
 » cettazione è quella che rende la convenzione
 » perfetta.

» La solennità dell' accettazione è la men-
 » zione espressa che dee esserne fatta in termi-
 » ni positivi, e sotto pèna di nullità, sia nell' at-
 » to stesso della donazione, sia in un atto sepa-
 » rato, ma autentico stipulato innanzi ad un no-
 » tajo.

» I contratti diversi delle donazioni sono va-
 » lidi, ancorchè l' accettazione non ci sia ripor-
 » tata in termini espressi, sebbene essa non vi
 » sia, se non tacita e manifestata solamente col-
 » la presenza delle parti o colla loro sottoscri-
 » zione.

» Il dritto Romano conforme in questo pun-
 » to alla semplicità del dritto naturale, non fa
 » alcuna differenza a questo riguardo tra gli al-
 » tri contratti e le donazioni. Ma nel dritto con-
 » suetudinario Francese, in cui le donazioni era-
 » no vedute con un'occhio così poco favorevole,
 » si dubitò che l' accettazione tacita fosse suffi-
 » ciente, e vi era un tempo su questo punto va-
 » rietà di opinione e di giurisprudenza. Vedi Fur-
 » gole sull' art. 6 dell' ordinanza del 1731, cd
 » il nuovo repertorio alla voce accettazione pag.
 » 88.

Or se i donatari intervennero nell' atto del
 1758 senza rifiutare il dono, ciò che importa
 per parte loro quell' eccettazione tacita che le leg-
 gi Romane reputavan sufficiente per la perfezione
 della donazione; se non esiste nè si è mai esi-
 bito alcun atto posteriore di rinunzia, come po-
 tremmo dichiarare la donazione inefficace, nulla per
 un vizio non riconosciuto dalle leggi del tempo,

sotto il di cui impero la donazione è stata stipulata? Io non oso temerlo dalla vostra giustizia, dalla vostra religione, e dalla vostra saggezza.

§. 4. Moltomeno può nuocere alla validità di tale atto la riserba fatta dal donante di non poter mutare, e riformare il testamento in quanto alla nomina dell'erede, moltomeno tal riserba può alterar la natura della donazione dichiarata irrevocabile tra vivi, e di cui il donante medesimo nello stesso atto della riserba proclama la stabilità e la fermezza.

Ricordiamoci che Pier Paolo Pepe col testamento del 1750 nell' avere istituito eredi i suoi nipoti Nicola e Giuseppe, e tutt' i sacerdoti chierici e novizi in *perpetuum* della sua famiglia, prevede il caso in cui non vi fossero nè preti, nè chierici, nè novizi, e dispose che in tal mancanza dovessero le messe celebrarsi dai sacerdoti del monastero di S. Francesco di Paola nella cappella gentilizia di sua famiglia. Or avendo egli nell' atto della donazione del 1758, riassunto il testamento, ben si risovvenne di tal sua precedente disposizione per cui mentre coll' atto del 1758 donò irrevocabilmente tra vivi a Giuseppe e Nicola Pepe quegli stessi beni dei quali avea li istituiti eredi, si riserbò di altrimenti disporre nel caso che i preti, chierici, e novizi mancassero in avvenire nella sua famiglia, sempre però rimanendo ferma la donazione, come risulta dalle espressioni della donazione del 1758 che in grazia della chiarezza e del vero qui riportiamo.

» Riservandosi esso Pier Paolo l' arbitrio
» di poter mutare e riformare quel testamento,
» restando però sempre fermo quello che col precedente atto ha stabilito e dichiarato.

Una interpretazione diversa tenderebbe ad ammettere una donazione revocabile ed irrevocabile nel tempo stesso, ossia una donazione meno donazione, ciò ch'è un assurdo nella ragion legale.

§. 5. Dietro tutto ciò che si è osservato chi mai osarebbe di qualificare ulteriormente per una donazione *mortis causa*, quella che si contiene nell'atto del 1758 senza mettersi in aperta contraddizione della legge?

§. 6. Ma poichè la donazione del 1753 è una donazione irrevocabile tra vivi, esaminiamo un poco se essa contiene, o contener possa un usufrutto causale ossia un fedecommesso, come pretende l'attore, oppure un usufrutto formale come sostiene il convenuto.

È in questa interessante ricerca che bisogna impetrare il soccorso della storia della giurisprudenza del Lazio, e consultare lo spirito delle leggi dei diversi tempi sino all'ultimo periodo della Romana Giurisprudenza che avea vigore tra noi.

Ai tempi di Augusto, di Trebellio, e di Pegaso, si richiedevano assolutamente delle parole precativie per la validità di un fedecommesso. Ci attesta Giustiniano nel §. 1. delle istituzioni al tit. 23. che *fideicommissa utpote verbis praecaris relictæ, sola fide, et pudore, non ullo vinculo juris continebantur*; e dalle l. 73 ff. *de legatis* 2. l. 3. *de jure fisci*, da Cicerone *de finibus* lib. 2. cap. 56. rileviamo che sino ai tempi di Augusto i fedecommessi si erano permessi per eludere la legge Voconia, ma non poteasi chiamare un erede incapace per legge di ricevere l'eredità, dopo la morte dell'eredità istituito, se non pregandone il primo di rassegnarla al secondo.

Montesquieu nel lib. 27. tom. 3. dello Spirito delle leggi, ci rapporta l'esempio di Sesto Peduceo, che pieno di buona fede, pregato di rassegnare una grande eredità alla vedova del testatore incapace di conseguirla per disposizione della legge Voconia, le diede tutte le sostanze del suo marito defunto; ma ci rapporta eziandio l'esempio di Publio Sestilio Rufo, che secondo l'autorità di Cicerone *de finibus* lib. 2. pregato di restituir l'eredità a Fidia Gallo, si ritenne per se l'eredità istessa, calpestando quella buona fede sotto la di cui ombra l'eredità l'era stata conferita. Ciò che fece dire a Montesquieu, che quell'uso insano obbligava il Cittadino a rendersi un reo uomo rasseguando l'eredità contro il voto della legge Voconia, ritenendola rendevalo spregiatore della buona fede e cattivo Cittadino.

Ma poichè la legge Voconia andò a poco a poco in disuso, poichè la legge Pappia fece cessare in certi casi la proibizione di succedere per le figlie femmine sanzionata dalla legge Voconia; poichè col Senatus Consulto Claudiano e Tertuliano fu accordato alle madri il dritto di succedere ai propri figli; poichè finalmente Giustiniano abolì ogni vestigio dell'antico dritto rispetto alle successioni accordandola alle femmine indipendentemente dal numero dei loro figliuoli, i fedecommissi che prima dipendevano dalla buona fede degli eredi fiduciari (per raffrenare i quali Claudio creò due Pretori *qui de fideicommissis jus dicerent*, come ci attesta Pomponio nella l. 2. ff. *de origine juris*), divennero d'allora in poi obbligatori, purchè l'obbligo di restituzione fosse al fiduciario ingiunto in un testamento solenne, e purchè in termini precativi la restituzio-

ne fosse ai medesimi imposta, come rileviamo dalle l. 17 76 ff. *ad Senatus Cons. Treb.* l. 22 c. *de fideicommiss.*, titolo 23 istitut: *de fideicommissariis hereditat.*

Ma quale istituzione non cede alla forza imperiosa dei tempi? Le generazioni col tempo si rinnovellano, col tempo si dilatano e si restringono i limiti delle cognizioni umane, col tempo si formano nuovi codici di morale, si promulgano leggi, novelle, e tutto si altera, si corrompe, e cade sotto la mano dell'edace tempo.

Costantino che non più attese ai motivi che dettato aveano la legge Voconia; Costantino che riconobbe come sottili ed insulse le formalità dei fedecommissi introdotte da Augusto col Senatus Consulto Trebelliano e Pegasiano, Costantino che volle rendere obbligatori quei fedecommissi che tali lo erano per voto degli istitutori, benchè in termini precativi ordinati, colla l. 5. c. *de testamentis*, prescrisse, *quibuslibet confecta sententiis, quolibet genere facta institutio valeat si modo per eam liquebit voluntatis intentio.*

D'allora in poi la giurisprudenza subì una fase tutta nuova, d'allora in poi i fedecommissi s'interpretano *ex voluntate potius, quam ex verbis testatoris*: D'allora in poi si considerarono validi i fedecommissi anche ordinati per atti tra vivi: d'allora in poi sursero nel Foro le teoriche di Soccino, le cautele di Cumano, e di Maranda, i consigli di Oltranto e di Bartolo; e d'allora in poi finalmente s'intese per la prima volta distinguere presso i Tribunali l'usufrutto causale dal formale, ciò che in seguito divenne giurisprudenza costante riconosciuta e rispettata nelle scuole, nei Ginnasi e nel Foro.

La l. 12. ff. *de usufructo ear. rer. quae usu consumuntur* degl' imperatori Antonino e Severo, disponeva che quando un testatore avesse a taluno legato una determinata somma di denaro con obbligo di rassegnarla ad altri dopo la sua morte, il legatario non dovesse esser considerato come un semplice cessionario, malgrado che il testatore gli avesse semplicemente legato l'uso del denaro, ma sibbene che dovesse considerarsi come un legatario gravato di restituzione. *Cum pecunia erat relicta Titio, ita ut post mortem legatarii ad Mevium rediret; quamquam adscriptum sit, ut usum ejus Titius haberet, proprietatem tamen ei legatam usus mentionem factam quia erat restituenda ab eo pecunia post mortem ejus, divi Severus et Antoninus rescripserunt l. 12. ff. de usufr. ear. rer. quae usu consum.*

La l. 15. ff. *de auro et argenti legatis* del giureconsulto Scevola proponeva il caso in cui il testatore fatto un legato di oro ed argento a Sejo, l'avesse pregato di rassegnare il danaro ad alcuni liberti, ed il giureconsulto dimandato, *an usufructus auri et argenti solus legatarii debeat?* Rispose: *verbis quae praeponeretur proprietatem legatam addito onere fideicommissi.*

Si sa che prima dell' Imperatore Tiberio le cose *usu-comsumibili* non erano soggette ad usufrutto, come ci attesta Cicerone nei *topici* cap. 3. e come rileviamo da Cajo nella l. 2. ff. *de usufr. ear. rer. quae usu consum.*; si sa che Tiberio, introdotta la cauzione per parte dell' usufruttuario, *remedio introducto coepit quasi usufructus haberi*, perlochè colla l. 1. dello

stesso titolo si dispose, *ut omnium rerum, quasi in cujusque patrimonio esse constaret, etiam earum quae usu tolluntur, vel minuuntur, usufructus legari possit*; ma il quasi usufrutto introdotto da Tiberio benchè in quell'epoca la legge Voconia fosse stata dall'uso dileguata, come ci attestano Aulio Gellio lib. 20. cap. 1.^o; Paolo lib. 4. tit. 8., Ulpiano tit. 26. §. 6. nei suoi frammenti, non equivaleva ad un fedecommeso, per cui dopo la legge 5. cod. *de testamenti* dell'imperator Costantino, deesi esclusivamente agli interpreti ed ai giureconsulti l'introduzione di una nuova specie di fedecommissi taciti introdotti nel foro sull'autorità delle leggi citate.

§. 7. Il celebre Voet sul ff. tit. *de usufructu* n. 12. comentando le leggi da noi sopraesposte dice, *si ab initio testator non dixerit se usufructum, sed se bona Titio relinquere, et postea addiderit ea a Titio, quamdiu vixerit possidenda dasse Titium quae . . . nullo modo . . . licentiam alienandi habiturum; clausola illa non impedit quominus proprietates legata censeatur.*

Ed altrove lo stesso Voet nel tit. *de usufructu* dice, *ideoque erraveris si ex ejusmodi adjectionibus (idest usufructus et usufructuarii nomine) aliud colligere quam fideicommissi onus, et post mortem onerati restituendi necessitatem.*

Il Peregrino, il Castillo, il Bartolo, il Baldo e tutta la numerosa schiera dei dottori, degli interpreti e dei forensi stabilirono d'allora in poi la troppo nota distinzione dell'usufrutto causale e formale, riconoscendo nel secondo un semplice usufruttuario il di cui godimento finisce colla vi-

ta, mentrecchè col primo riconoscono un vero ed assoluto proprietario coll'obbligo della restituzione *cum onere fideicommissi*.

Vi è una proprietà legata con divieto di alienazione, e con facoltà di usufruire a favore del legatario, ed eccovi un fedecommissso dice Voet: vi ha un legato di somma di denaro, o di cosa consuntibile coll'obbligo di restituzione, e si avrà un fedecommissso, dicono Peregrino, Bartolo, Baldo, dopo il Voet, e così decise uniformemente la giurisprudenza costante dei nostri antichi Tribunali.

Or se queste massime sono state rispettate nell'antica giurisprudenza, e confermate dal dispaccio del dì 26. Novembre 1774. talchè costituirono un *jus receptum* nel nostro foro; se lo furono rispettate del pari dal nostro dritto vigente, sempre che si è trattato di risolvere le questioni transitorie come rileviamo da Merlin nelle sue quistioni di dritto all' art. *substitution fideicommissaire* nella causa tra Berulle e Riagnos, e nell'altra Des Grassen e Wiuroy, e come ha uniformemente deciso la nostra Corte di Cassazione con arresto dei 12. febbrajo 1813 nella causa tra Tosi, Monteforo e Carli, come ulteriormente contendere sulla natura della disposizione contenuta nell'atto del 1758? Pier Paolo Pepe disse in quell'atto » Io voglio donare a voi Giuseppe » e Nicola Pepe irrevocabilmente tra vivi quei » beni medesimi dei quali vi avea istituiti eredi » di col testamento del 1750, ma voglio che » voi ne siate semplici usufruttuarii vita vostra » durante, poichè dopo di voi, dovranno avere » l'egual godimento i sacerdoti, chierici e novizi della famiglia Pepe.

Or se queste espressioni non contengono i veri caratteri dell'usufrutto causale, qual'altre mai saranno atte ad esprimerlo secondo il linguaggio dei forensi? Se giusta l'autorità del Voet sul fondamento della l. 2. ff. *de auro, et argenti legatis*, e l. 2. ff. *de usu ear. rer. quae usu consum.* donata una volta la proprietà le successive espressioni di usufrutto e di usufruttuario dinotano una proprietà vincolata dal peso di restituzione, come non riconoscere un vero fedecommesso nella donazione del 1758? Come ricercar tuttavia in quell'epoca le parole precativie per la validità del fedecommesso che l'attore sostiene? Bisognerebbe sopprimere le idee che ci framanda l'istoria della legislazione del Lazio, far tacere l'autorità della costituzione dell'imperator Costantino contenuta nella l. 5. c. *de testam.*, soffogar la voce di tutti i comentatori, di tutti i forensi, di tutti gli interpreti del dritto; infine dar bando all'antica patria giurisprudenza, ed alla giurisprudenza novella costantemente serbata nella soluzione delle quistioni transitorie per potere sostenere l'assunto dei nostri contraddittori.

QUISTIONE 4.^a

A PIU' COERE DI CHE POSSEGGONO PRO INDIVISO UN FONDO EREDITARIO COMPETE L'ESPERIMENTO DELL'AZIONE POSSESSORIA RISPETTIVAMENTE TRA ESSI PER POTER GARENTIRE L'UN VERSO L'ALTRO L'ESCLUSIVO POSSESSO DELLA PROPRIA QUOTA?

E SE IL COMUN PADRE DA CUI TUTT' I COEREDI HAN CAUSA AVESSE DONATO AD UNO DI ESSI UN FONDO CON RISERBA DELL'USUFRUTTO SUA VITA DURANTE, IL TITOLO DELLA DONAZIONE HA

POTUTO FAR CESSARE IL POSSESSO PRO INDI-
VISO ATTRIBUENDOLO ESCLUSIVAMENTE AL DO-
NATARIO ?

Noi abbiain sostenuto la negativa nella cau-
sa tra i fratelli d' Alessandria in forza del seguen-
te ragionamento.

1. Spesso si confondono il possesso di dritto,
ed il possesso di fatto, ma il giureconsulto filo-
sofo non può non riconoscere la distinzione che
intercede tra l' uno e l' altro analizzando la na-
tura del possesso, i suoi caratteri, i suoi attribu-
ti ed i suoi effetti.

Ed in vero le leggi Romane han sempre distin-
to il dritto di possedere ch' è figlio del dominio, ed
inseparabil compagno della proprietà, dal possesso,
o dalla semplice detenzione, ch' è un fatto, e che
può competere anche a chi non è proprietario.

Labeone nella l. 8. cod. *de adquir. vel omitt. posses.* parlando del possesso di dritto, o sia del drit-
to di possedere disse: *proprietas a possessione se-
parari non potest*; e Paolo nella l. 49. ff. dello
stesso titolo ci lasciò scritto *possessio non tan-
tum corporis, sed juris est*, perchè come osser-
va giustamente il Domat lib. 3. tit. 7. sez. 2.
siccome l' uso della proprietà è di avere una co-
sa per goderne e disporne, non potendosi eser-
citare questo dritto se non per mezzo del posses-
so, perciò il possesso è naturalmente congiunto
colla proprietà di cui n' è l' inseparabile effet-
to. Sotto questo rapporto considerato il possesso
esso è il carattere essenziale e distintivo del do-
minio, per cui nella leg. 52 ff. *de adquir. rer. dom.* si consagra: *dominium habemus, et rem
in bonis nostris habere intelligimus quoties*

possidentes exceptionem, ammittentes ad recipiendam eam actionem habemus.

Ma considerato il possesso come un fatto, come la semplice ritenzione effettiva di una qualche cosa, esso è ben distinto dalla proprietà, per cui nella leg. 12 ff. *de adquir. vel omitt. posses.* Ulpiano dice: *nihil commune habet proprietas cum possessione*, e nella l. 1. ff. *eodem* si consagra, *possessio res facti non juris est*, riguardandosi il possessore come un occupatore, cui la legge non attribuisce alcun dritto se l'occupazione non abbia durato oltre un anno senza interruzione, e se il possesso non sia stato pubblico, pacifico, ed *animo Domini*, potendosi il godimento di una qualche cosa verificare anche in colui, che senza esserne padrone possegga però a titolo di proprietà.

Ma la prima specie di possesso di cui si occupa Labeone nella leg. 8. cod. *de adquir. vel omitt. posses.* non potea garantirsi che coll'azione petitoria, mentrecchè il possesso della seconda specie di cui si occupa Ulpiano, non si garentiva che cogl'interdetti, ne' quali non d'altro teneasi ragione se non del godimento pacifico di un anno. Quindi se alla morte di un comun padre tutt' i figli possedessero *pro indiviso* i beni ereditari, il possesso di fatto era a tutti comune; ma se taluno di essi reclamar volea un possesso emergente da titoli di proprietà, o il dritto di possedere esclusivamente una porzione aliquota dell'eredità istessa, non potea sperimentare il suo dritto, che coll'azione petitoria *petitione haereditatis* o *familiae herciscundae*, soli mezzi dalle leggi riconosciuti come dichiarativi della proprietà, che i titoli attribuiscono a ciascuno coerede.

2. Nè le nuove leggi si sono allontanate da questi principi, poichè in forza dell'art. 645. leggi civili il morto impossessa tutt' i figli viventi; in forza dell'art. 803. la divisione è il solo mezzo dichiarativo della proprietà, che i titoli possono attribuire singolarmente a ciascun coerede, mentre fino alla divisione ognun di essi è riputato immediato possessore di tutt' i beni del defunto; in fine a' termini dell'art. 735. il possesso *pro indiviso* rende inammissibile l'azione di prescrizione le cui regole niuno ha mai dubitato che non siano comuni, e perfettamente applicabili alle azioni possessorie.

Per questi motivi Toullier tom. 3. lib. 2. n. 79. dice » bisogna distinguere il dritto di possedere, che non può ad altri appartenere, eccetto che al proprietario per effetto della sua proprietà, il possesso, ossia la semplice detenzione, ch'è un fatto; ed in fine il dritto di possesso chiamato *saisine* da' nostri antichi, e che appartiene al possessore in forza del fatto del suo possesso di un anno, a colui in somma, che non può allegare altro titolo che il suo possesso, e che dimandato perchè possegga, non può rispondere se non che posseggo perchè posseggo.

» Il dritto di possedere, il possesso, ed il dritto di possesso sono tre cose talmente distinte, che si possono trovare nel medesimo tempo su di tre persone diverse. »

E l'istesso insegna Pothier nel suo trattato del possesso cap. 1. art. 2.

Or se l'anno dal dì della morte del padre donante non era ancor decorso quando il figlio donatario istituì l'azione possessoria contra i suoi fratelli cocredi del padre comune; se niuna divi-

sione ebbe luogo tra essi: sembra che l'azione possessoria dovea dichiararsi inammissibile dal regio Giudice del Circondario.

3. Ma si dirà: che la donazione ha trasferito dritti irrevocabili al donatario, il quale sin dal momento dell'accettazione divenne il possessor vero de' beni donati! Si dirà: che il padre donante come usufruttuario possedeva come semplice tenentario a titolo precario! Che in fine unendo il donatario il suo possesso a quello dell'autore, può riunir a se quel godimento annale che dà vita all'azione possessoria!

Forse c'inganneremo, ma noi opiniamo di buona fede che il possesso del donatario è un possesso di dritto esperimibile coll'azione petitoria, non mai un possesso di fatto da sperimentarsi coll'azione possessoriale.

Questo avviso non è solamente nostro, ma di Berriat. de Saint Prix tom. 2. pag. 127. il quale così si esprime:

» L'usufruttuario non è compreso nell'espressioni del codice di procedura francese art. 23. e 127. leggi di procedura civile, cioè *il possesso del suo autore*, e di coloro che in suo nome posseggono, nè in quelle del codice civile art. 2228, e 2134. leggi civili, o *per mezzo di un altro il quale tiene ed esercita il possesso in nostro nome*, poichè l'usufruttuario possiede per se stesso giusta l'argomento desunto dalla l. 7. ff. de usufruct. In conseguenza il proprietario per completar l'anno non può unire al suo possesso quello dell'usufruttuario già morto.

Questa è ancora l'opinione di Grenier cap. 24, di Merlin alla voce *usufruit*. §. 4. e di

Dalloz nel tom. 1; pag. 308., è questa anche l'opinione di Vinnio nella istituzione §. 4., e di Cujacio nella l. 18. *de adquir. possess.*

Ma per convincervi pienamente, che il possesso del donatario non è che un possesso di dritto, e mai di fatto, immaginiamo per un momento che il donante fosse ancor vivo, che la riserva dell'usufrutto fosse temporanea, e che malgrado l'elasso del tempo stabilito il donante non volesse rilasciare il possesso del fondo donato: quale azione in tal caso concedereste al donatario? Non altra che la petitoria per far eseguire la donazione.

E se gli eredi rappresentano la stessa persona del defunto, non altra azione può contro di essi intentare il donatario per ispogliarli di quel possesso in cui si trovano in forza della massima *il morto impossessa il vivo.*

QUISTIONE 5.

NE' GIUDIZI DI SERVITU' IN PETITORIO, I GIUDICI REGI SONO ASSOLUTAMENTE INCOMPETENTI, O POSSONO IN QUALCHE CASO DECIDERE DEL DITTO DI SERVITU' FINO A CERTI LIMITI.

Noi crediamo che la quistione debba risolversi per l'affermativa per i seguenti motivi?

1. La legge organica de' 29. Maggio 1819. attribuisce a' regi giudici di Circondario la conoscenza di tutte le cause di azioni reali o personali inappellabilmente fino al valore di ducati 300.

Coll'art. 22. poi n. 3. concede a' medesimi la facoltà di pronunziare inappellabilmente fino al valore di D. 20., ed appellabilmente qua-

lunque sia il valore delle cose controverse sulle azioni di servitù, quando ne sia interrotto il possesso oltre di un anno.

Or da ciò chiaramente risulta, che nelle cause di servitù in possessorio il giudice regio è competente a giudicare qualunque fosse il valore della cosa controversa a' termini del n. 3. dell'art. 22; ma ove si trattasse di servitù in petitorio, egli è solamente competente quando il valore non eccede i D. 300. a' termini dell'art. 21., poi, chè non è da mettersi in dubbio, che l'azione relativa ad una servitù in petitorio non sia un'azione reale. In vero coll'azione petitoria incorporale, o si domanda che il tale fondo si dichiarasse soggetto alla tale servitù, ciò che si chiama propriamente azione confessoria; o si dimanda dichiararsi, che il tale immobile non è soggetto alla servitù, ciò che si chiama propriamente azione negatoria, e nell'uno e nell'altro caso sempre l'oggetto è reale, e reale la natura dell'azione, la quale non deriva d'alcuna obbligazione personale di colui che attacchiamo, ma da un dritto che abbiamo sulla cosa reclamata, indipendente da ogni obbligazione per parte sua. Vedi Eineccio lib. 4. tit. 6., e Poncet trattato delle azioni n. 24. 48. e 49.

2. Nè si dica, che la servitù ha un valore indeterminato, e che per questo motivo ne fosse interdetta la conoscenza a' regi Giudici di Circondario. Tutt' i dritti ed azioni reali sopra immobili hanno un valore indeterminato, ma la legge di procedura negli articoli 91. 92. e 93. dà le norme come determinarsene il valore, e queste norme possono ben seguirsi da' regi giudici per conoscere se l'azione petitoria incorporale

relativa alla servitù che si reclama eccede, o pur no i D. 300., limite fissato alla competenza de' regi giudici dall' art. 21., e ch' essi non possono giammai sorpassare.

3. In fine invano si ricorre al dritto francese per sostenere una contraria teoria. Ogni legislazione ha i suoi principî che servono di base alle sue disposizioni, e noi osiamo confessarlo, tutti gli errori in fatto di competenza provengono dal perchè si vuol spesso ricorrere a' principî delle vecchie legislazioni di già abolite nel preteso fine d' interpretare la nuova, che fonda su' principî diversi. In Francia i giudici di pace tanto in forza della legge organica del 24 agosto 1790, che dietro la pubblicazione del codice di procedura francese non erano giudici di giurisdizione ordinaria, ma semplicemente giudici di eccezione, ch' esercitavano una giurisdizione straordinaria, e come si esprime Loiseau, *essi avevano piuttosto una semplice nozione, e facoltà di giudicare in alcuni casi particolari, anzicchè una vera giurisdizione, essendo questa esclusivamente attribuita a' giudici di distretto.* Quindi era loro interdetto di conoscere della esecuzione delle proprie sentenze (cioè che fa parte integrante della giurisdizione ordinaria); per lo stesso motivo è stato loro sempre vietato di conoscere delle cause relative a' dritti ed azioni reali.

Or se con le nuove leggi organiche del 21 Marzo, e 29 Maggio 1817 si sono creati nuovi magistrati e giurisdizioni tutte nuove; se con la legge del 29 Maggio 1817 nell' art. 21 è stata espressamente attribuita a' regi giudici la conoscenza delle azioni e de' dritti reali; se in fine

S. M. con real decreto del 2 Gennaio 1822 ha dichiarato, che le due leggi organiche sopra enunciate costituiscono il dritto pubblico del regno delle due Sicilie, e che i codici di procedura posteriormente pubblicati non hanno recato alterazione alcuna alle competenze in quelle leggi espresse, a che invocare il dritto francese per la soluzione della quistione proposta? Vedi inoltre su questa quistione le nostre lezioni di dritto novissimo par. 1. tom. 2. cap. 4. sez. 2. pag. 189 a 200.

QUISTIONE 5.

NELLE SERVITU' D'SCONTINUE, E NELLE SERVITU' CONTINUE ED APPARENTI VI È LUOGO AD AZIONE POSSESSORIA?

Questa quistione ha mantenuto e mantiene tuttavia incerta, dubbia, incostante la giurisprudenza. In fatti Carrè analisi di procedura tom. 1. parte 1. lib. 1. tit. 4. questione 101, Merlin Repert. alla voce servitù, Henrion de Pansei cap. 28. §. 7. Toullier lib. 3. n. 598. e seguenti, Delvincourt lib. 2. note 129. a 132. e quasi tutti i più illustri Comentatori francesi sostengono la negativa; ma non pochi arresti riportati da Sirey tom. 12. 1. parte, pag. 598. tom. 13. pag. 463., tom. 15. pag. 120 a 239, tom. 16. pag. 225. da' Signori Bavaux, e Loiseau vol. 13. decisione 40. vol. 18. decisione 43., volume 35. decisione 548. ed in fine un ultimo arresto della nostra Corte Suprema del 1821 tra Spagnoletti e Porro decidono perfettamente il contrario.

Il possesso che dà luogo all'azione posses-

soria (così ragionano i primi) dev'essere un possesso atto a produrre un dritto , un possesso atto a dar principio alla prescrizione . Or se la servitù continua e non apparente , e le discontinue son dichiarate dalle nuove leggi imprescrittibili, sarebbe per esse mostruoso accordare il possesso in una cosa che non può esistere per lo solo possesso. Vedi Poncet n. 70. a 75.

Per l'opposto coloro che sostengono la contraria teoria, ragionano nel seguente modo » Attesocchè (son parole dell'arresto della nostra Corte Suprema nella causa tra Spagnoletti e Porro) le teorie testè dette vanno anche applicabili alle servitù prediali, imperciocchè quantunque le servitù consistono in un diritto incorporale , pure la legge riconosce in esse il quasi possesso l. 1. §. 17. ff. de usurp. et usucap.

» Attesocchè nelle servitù prediali discontinue nelle quali le attuali leggi richieggono di necessità il titolo, e non riconoscono possesso qualunque atto a costituirle , le teorie medesime anche oggi si debbono custodire ed osservare, imperciocchè altro è il parlare del modo di acquistare la servitù, altro è il parlare del modo di difendere il possesso.

Le attuali leggi civili art. 612. mentre vietano il possesso come titolo induttivo di una servitù discontinua, non derogano però alle altre disposizioni che garentiscono nel possessorio il possessore di una servitù bene o mal costituita.

In mezzo a tante dubbiezze, in mezzo a tante contraddizioni di principi, noi crediamo utile la seguente distinzione , e le seguenti eccezioni.

1. Bisogna pria di tutto distinguere l'azione

possessoria propriamente detta che riunisce i due interdetti *retinendae, et recuperandae possessionis* de' romani, dall'azione di reintegra che come abbiamo osservato è tutta propria del Dritto Francese. La prima è negata a colui che volesse esercitarla per conservare o ricuperare il possesso di una servitù continua non apparente, o di una servitù discontinua; ma l'azion di reintegra debb' essergli concessa per la massima *spoliatus ante omnia restituendus*, ed in questo senso noi crediamo doversi interpretare le due considerazioni dell'arresto della nostra Corte Suprema nella causa tra Spagnoletti e Porro. Ammettere la contraria teoria sarebbe lo stesso che autorizzare la violenza privata, ciocchè fa onta alla saggezza del Legislatore.

2. L'istessa azion possessoria dev'esser concessa a colui che volesse giovarsene per garantire la libertà del fondo su cui si pretende esercitare una servitù continua ed apparente, oppur discontinua, perchè la legge nell'articolo 627. LL. CC. indistintamente per qualunque specie di servitù ammette la prescrizione come mezzo di estinguerla.

Quindi il possesso annale della libertà del fondo potendo esser principio di prescrizione deve dare giustamente diritto di possesso a colui che per un anno continuo, ed a titolo non precario ha posseduto pacificamente la libertà del fondo, e questo solo estremo è sufficiente per autorizzare l'azione possessoria.

3. L'istessa azion possessoria dee concedersi a colui che avesse un titolo per l'esercizio della servitù continua non apparente, o discontinua, ed a quell'altro che non avendo titolo alcuno ha

posseduto non pertanto pacificamente de' lavori apparenti fatti sul fondo altrui col fine di usare della servitù discontinua, o continua non apparente per più di un anno. Nel primo caso il suo possesso è scevro di vizi perchè garentito dall'art. 612. LL. CC., e nel secondo caso egli può ben giovarsi delle disposizioni dell'art. 2144. cod. francese, ed art. 2238, LL. CC. Vedi Poncet, n. 94. a 102.

QUISTIONE 6.

I VANI A LUME INGREDIENTE APERTI SOTTO L' IMPERO DELLE ANTICHE LEGGI, POSSONO ESSERE OSCURATE DAL VICINO COLL' INALZAMENTO CHE QUESTI FACESSERO DELLE SUE FABBRICHE DOPO LA PUBBLICAZIONE DELLE LEGGI ROMANE ?

E LE FINESTRAR, OD ALTRE VEDUTE DI PROSPETTO APERTE ANTERIORMENTE ALLE LEGGI IN VIGORE SUL FONDO CHIUSO, O NON CHIUSO DEL PROPRIETARIO DEL FONDO CONTIGUO, POSSONO ESSE OSCURARSI COLL' APPOGGIO DI UNA NUOVA FABBRICA, CHE QUEST' ULTIMO VOLESSE FARE SUL MURO DOVE ESISTEVANO LE APERTURE ?

1. Per dritto romano l'aprire nel proprio muro de' vani, o finestrini a lume ingrediente verso il fondo alieno non costituiva una servitù, ma era una dipendenza del diritto di proprietà, ammenocchè la servitù di lume non si fosse costituita con un titolo, per cui il proprietario del fondo sottoposto potea in ogni tempo per un egual dritto di libertà oscurarli, ed interchiuderli. Così la l. 5. ff. si servitus vindicetur, in: suo

enim alit haetenus facere licet quatenus nihil in alienum immittat. Cioè, che i finestrini erano permessi purchè non avessero sporto di sorta alcuna. Vedi ancora la l. 9. *ff. de servitut. praed. urban.*, e l. 8. 9. *cod. de servitut., et aqua.*

2. Non così per dritto consuetudinario di Napoli, perchè in forza della consuetudine Napoletana 3. tit. *de servitutibus*, che principia *et si ex latere.* . . . il vicino avea il dritto di appoggiare la fabbrica sull' edificio in cui vi erano le aperture, purchè vi lasciasse lateralmente due palmi e mezzo di distanza, ed avea ancora il dritto di appoggiarvi de' travi sul muro istesso senza bisogno di alcuna citazione al vicino, ma coll' obbligo di pagare il prezzo, che si sarebbe liquidato da' periti, corrispondente alla metà del valore del muro compreso il pedamento ed il suolo; ed in forza dell' altra consuetudine *ubi aliquis* sotto il titolo *de aperturis non faciendis*, non si potevano aprire luci, o finestrini nel muro proprio verso il muro del vicino, delle pettorate, o affacciatoi, se non alla distanza di palmi dodici dalla linea di separazione del suolo proprio da quello del vicino.

3. In conseguenza delle diverse sanzioni legislative sopra espresse risulta evidentemente, che dietro la pubblicazione delle nuove leggi art. 597 e seguenti LL. CC. trovandosi nelle provincie del Regno de' vani, o finestrini antichi aperti nel muro proprio verso il fondo del vicino senza progettazione, il vicino può in forza delle nuove leggi oscurarli, o interchiuderli appoggiando la nuova fabbrica sul muro comune, o che renderà comune, poichè nelle provincie era in osservanza il

drritto romano, che permetteva tali vani senza sporto, come una conseguenza del dritto di proprietà, e quindi i vani e le aperture non potevano mai prescriversi.

Non così per la Città di Napoli, ove erano in vigore le consuetudini *et si ex latere ubi aliquis*, poichè esistendo delle luci, o vani antichi nel muro proprio verso il fondo del vicino, di qualunque forma essi sieno, sia coi cancelli, sia senza, ed a qualunque altezza elevati, riputar si debbono come servitù legalmente prescritte coll' classo di anni dieci tra presenti, e venti tra gli assenti giusta la l. ult. *cod. de praescript. long. tempor.*, e quindi il vicino in forza delle nuove leggi potrebbe oscurare e chiudere detti vani giovanandosi degli art. 597 e seguenti LL. CC. senza accordare a' medesimi una forza retroattiva. Dacchè detti vani, o finestrini erano vietati dal dritto municipale, la loro esistenza suppone una servitù costituita *scientia, et patientia domini*, che non può esser distrutta dalle nuove leggi. Vedi Morra art. 660 e 661. n. 8, e 676. n. 2. 3. fino al 13. Vedi Carrillo, e Magliano tom. 2. sull' art. 597. e seguenti LL. CC. Toullier tom. 3. n. 118., Delvincourt tom. 3. nota 105. a 121. §. 16.

Ma le finestre, i balconi, od altre vedute di prospetto aperte anteriormente alle leggi in vigore sul fondo chiuso, o non chiuso del proprietario del fondo contiguo, potrebbero essi oscurarsi coll' appoggio di una nuova fabbrica che quest' ultimo volesse fare sul muro dove esistevano le aperture?

Sembra che la negativa non potrebbe mettersi in dubbio perchè le aperture di prospetto e-

ran vietate tanto dalla legge romana , che dalla consuetudine, ed in conseguenza , colui , che lo avesse fatte colla tolleranza del proprietario del fondo serviente aveva costituita una servitù legittima, che si è potuta ben prescrivere coll' elasso di dieci anni tra presenti, e venti tra gli assenti, giusta la legge ult. cod. *de praescript. long. temp.*, per cui trattandosi di un dritto irrevocabilmente acquisito è indubitabilmente fuori della sfera dell' art. 597. leggi civili.

QUISTIONE; 7.

ALLORCHÉ TALUNO HA ACQUISTATO IL DIRITTO DI APRIR FINESTRE, O VEDUTE DIRETTE OD OBLIQUE SULLA CASA DEL VICINO SIA PER CONVENZIONE, PER DESTINAZIONE DEL PADRE DI FAMIGLIA, O PER MEZZO DELLA PRESCRIZIONE, PUÒ QUESTO ULTIMO INNALZARE UN MURO, O UN EDIFIZIO CHE RENDA INUTILE L'USO DELLE FINESTRE APERTE DAL PRIMO?

Noi portiamo avviso, malgrado la contraria opinione di Toullier tom. 3. n. 532. a 534, che il padrone del fondo serviente non possa far cosa alcuna tendente a rendere inutile l'uso della servitù acquistata dal padrone del fondo dominante.

In vero le distinzioni del Sig. Toullier sono più ingegnose che solide, poichè tanto nel caso di una servitù costituita per convenzione, o per destinazione del padre di famiglia, quanto nel caso di una servitù costituita per mezzo di prescrizione, è sempre vero che la servitù si è costituita per effetto del consenso espresso o tacito

del padrone del fondo serviente, ed una volta ch'egli ha acconsentito affinchè il proprietario del fondo dominante acquistasse un dritto che la legge non gli accordava, e di cui egli in conseguenza avrebbe potuto impedirgliene l'esercizio, per la volontà della legge non è più padrone di far cosa alcuna che tendesse a scemar l'uso della servitù costituita per la testuale disposizione dell'art. 701. cod. fran. e 662. LL. CC.

Non ignoriamo che la Corte di Cassazione di Parigi con arresto de' 10 Febbraio 1810. riportato da Merlin nel supplemento alle quistioni di diritto alla voce *servitude* pag. 158. ha stabilito la contraria teoria professata dal Toullier, distinguendo le servitù legali da quelle stabilite per fatto dell'uomo; ma l'espressioni dell'art. 701. cod. fran. 662. leggi civili, son troppo generali per non ammettere la distinzione della Corte di Cassazione di Parigi, e noi crediamo che sia più importante l'autorità della legge, che l'autorità di un giudicato, memori della massima non *exemplis sed legibus judicandum*.

QUISTIONE 8.

IL DIVIETO DI APRIRE VEDUTE DIRETTE O FINESTRE A PROSPETTO SUL FONDO CHIUSO O NON CHIUSO DEL VICINO, CESSA O PUR NO QUANDO TRA I DUE FONDI VI SI FRAMMEZZA UNA STRADA PUBBLICA OD UN VIALE?

Per risolvere questa quistione ci sia lecito di riandar per poco i principi del Diritto Romano, analizzare in seguito lo spirito delle nuove leggi, e passare finalmente a rassegna le diverse

opinioni de' Comentatori del nuovo dritto con quella brevità ch'è necessaria per non compromettere la sofferenza del lettore.

1. Le leggi Romane 8. §. *si servitus vindicet*, 9. 15. 23. ff. *de servit. praedior. urban.*; 1. 8. 9. *cod. de servit.*, non meno che le leggi novelle ^{di} art. 596. 597. 598. 599. e 600. leggi civili han distinto con saggia previdenza i diritti e gli obblighi pe' proprietari de' fondi contigui, da quelli i di cui fondi sono separati da una prudenziale distanza. Per i primi sono scritte le disposizioni delle leggi 8. ff: *si servitus vindicet*, 1. 8. 9. *cod. de servit.*, ed art. 596 597. 598. leggi civili; agl' interessi de' secondi provveggon le leggi 14. e 15. ff. *de servit. praed. urban.* l. 8. 11. e 12. *cod. de aedif. privat.*, non che gli art. 599. e 600. leg. civ.

Nella prima delle leggi citate si consagra *lumen, idest ut Coelum videatur, et interest inter lumen et prospectum, nam prospectus etiam ex inferioribus locis et lumen ex inferiori loco esse non potest.*

Da questo Canone di ragione, e di dritto trassero argomento gl' Imperatori Antonino, e Vero per dichiarare nella leg. 14. ff. *de servit. praedior. urban.* che *in area quae nulli servitutem debet posse dominum vel alium voluntate ejus aedificare, intermisso legitimo spatium a vicina insula (idest domo)*; ed a questo stesso canone poggiando le leggi 9. 11. e 12. *cod. de aedif. privat.* determinarono doversi serbare la distanza di 12 piedi tra gli edifi privati, e quindici tra questi ed i pubblici, e doversi conservare la veduta del mare a coloro che ne godessero all'occasione di nuove fa-

briche , giusta la celebratissima Costituzione di Zenone.

2. Guidati dagli stessi principi i novelli legislatori cogli art. 599, e 600. leggi civili determinarono fino a qual punto ceder dovessero i riguardi dovuti al vicinato ed alla contiguità, prescrivendo di non potersi aprire vedute dirette o finestre a prospetto sul fondo chiuso, o non chiuso del vicino, se non v'intercede la distanza di palmi 12; e di non potersi aprire vedute laterali se non alla distanza di palmi due e mezzo.

Non tutti come Druso possono volontariamente condannarsi a vivere ad una casa coperta da ogni parte , privandosi delle vedute su i fondi altrui ad oggetto di evitare la veduta degli altri sul fondo proprio , ma non tutti debbono d'altronde spingere la loro curiosità indiscreta o maligna sul fondo del vicino per ispiare le sue operazioni mentre egli tranquillo riposa nel santuario delle sue domestiche pareti. Vedi il rapporto di Albisson n. 50. La legge dee con provide disposizioni opporre delle barriere alle intraprese del vicino pericolose ed indiscrete, ed è questo l'unico fine del legislatore nel sanzionare gli articoli 599, e 600. leggi civili.

Or se questo è lo spirito della legge che vieta le aperture dirette ad una distanza di palmi 12. ed oblique alla distanza di palmi due e mezzo, a che ricercare delle ragioni che la legge non riconosce, per creare dell'eccezioni che la legge non si è mai sognata di stabilire? E se la lettera degli articoli 599. e 600. è chiara e precisa senza ammettere nè eccezioni, nè limitazioni, nè soggiunte, qualunque interpretazione, tendente a snaturarne il senso per restringerne od am-

pliarne l'applicazione, non è ella un insulto che si fa alla saggezza del legislatore?

3. Intanto Desgodettes sull'art. 200. della Costumanza di Parigi n. 18., Delvincourt lib. 2. titolo 4. nota 119, Toullier libro 2. numero 528. sostengono che il divieto degli art. 599. e 600. cessa allorchè fra i due edifici vi si frapponè una strada pubblica, o un viale, e ciò perchè (dice Desgodettes) in tal caso la veduta guarda sulla strada, e non sul fondo contiguo; perchè questa suggezione (dice Delvincourt) non deve aver luogo che tra vicini, cioè tra persone, i di cui fondi si toccano; perchè finalmente (dice Toullier) la sicurezza pubblica, l'ornamento della Città esigono, che si aprano sulle strade, e pe' cammini, delle finestre, che avvertano coloro che passano, ch'essi sono sotto l'occhio del pubblico, piuttostochè d'inalzarsi de' muri ciechi, che tolgono la vista di ciò che ivi si faccia.

Ma queste ragioni ingegnose, questi argomenti brillanti trovano essi appoggio su le sane regole d'interpretazione dottrinale, la sola concessa a' Giudici, ed agl'interpreti del Dritto?

Con tutto il rispetto dovuto a' sommi Scrittori Oltramontani sopracitati, e con quella riserva che c'impone la conoscenza de' nostri cortissimi lumi, poichè è dato ancora a noi di usare della ragione, noi risponderemo pria di ogni altro a tutti collettivamente che la loro opinione, e gli argomenti a cui l'appoggiano potranno tutto al più trovar valore e credito in Francia, dove la multiplice varietà delle costumanze dava forse luogo e forza a quella interpretazione, ma è dessa estranea affatto, e mal opportuna presso di noi, che abbiamo sempre avuta in osservanza la Costituzione di Zenone.

Noi rileveremo poscia anche in generale, che una tale interpretazione è sfornita talmente di solidità in guisa che gli stessi Autori nel mentre combinano nella conseguenza, sono poi tra loro discordi su la ragione che pretendono assegnare al loro principio, ed alcuni di essi si confutano anche su di ciò l'un l'altro.

Noi osiamo di osservare particolarmente al Sig. Desgodettes, che quando i due fondi sono intersecati da una pubblica strada, la veduta in tal caso non guarda su la strada, come egli dice, ma guarda sul fondo a prospetto, poichè apprendo l'uomo gli occhi alla luce, il primo uso ch'egli fa della vista si è impiegandola alla veduta diretta che si esercita da sporto a sporto e che la legge ha vietato potersi esercitare a dispetto del vicino nella distanza minore di palmi 12. Di questa sola veduta si è occupata la legge, e non di quella che si esercita a perpendicolo sulla strada guardando dall'alto in basso, poichè non potendo essa divenire molesta, indiscreta e pericolosa al vicino, la legge non ha creduto doversene incaricare con la sua provvidenza, restringendo la libertà naturale de' Cittadini.

Noi osiamo rispettosamente osservare al dotto Delvincourt al vecchio Decano di Parigi, che la legge non ha inteso d'imporre questa suggezione tra i vicini, cioè tra persone, i cui fondi si toccano, com'egli dice, perchè la contiguità è una condizione richiesta dall'art. 597. leggi civili, mentre per l'opposto il Legislatore nell'art. 599. ha impiegato il vocabolo *vicino* ben sapendo la differenza che intercede fra le due espressioni appositamente scambiate ne' due articoli della Sezione.

Oltre a ciò ove la ragione addotta dal ch. Delvincourt potesse sussistere, ne seguirebbe che dato un palmo intermedio di pertinenza di un terzo tra i due fondi situati in una distanza di cinque palmi, l'uno potrebbe benissimo formar sporti, e balconi di rimpetto al cortile, ed alle finestre del vicino, penetrando lo sguardo maligno ed indiscreto nelle interne pareti di questo ultimo a dispetto del voto della legge, poichè non vi ha nè potrà esservi differenza tra fondo proprio, e fondo del pubblico.

Ed ove anche con Delvincourt volessimo supporre, che tal privilegio fosse soltanto al pubblico concesso, ad eludere la legge sarebbe ad ognuno agevole abbandonare al pubblico passaggio una millesima parte del proprio suolo per avere il vantaggio di spingere l'indiscreto sguardo nell'interno edifizio del vicino, alla di cui sicurezza può anche rendersi con questo mezzo fatale a dispetto della volontà espressa dal Legislatore, che senza alcuna distinzione vieta le vedute dirette in una distanza minore di palmi 12.

In fine ci facciamo leciti di osservare al dotto Toullier che lo stato dell'attual coltura respinge i piccoli sentieri, a cui possono paragonarsi alcune strade di vecchie Città, l'angustie delle di cui vie appalesano la barbarie de' tempi della loro primiera fondazione. Le regole tracciate dall'art. 599 ll. cc. i regolamenti di polizia municipale e rurale, i buoni principî di architettura oramai diffusi da per tutto tendono a migliorare insensibilmente, e ad ingrandire le strade di non poche Città di Europa, che nel loro maestoso e largo recinto differiscono appunto dalle anguste vie de' palaggi di Algieri, e di Tunisi, mentre

per l'opposto a conciliare il rispetto dovuto alle aperture esistenti anteriormente alle nuove leggi l'articolo 665 uniforme alla l. 10 ff. *de servit. praed. urban.* opportunamente vi accorre, prescrivendo che potessero sempre rinnovarsi con la ricostruzione de' muri in cui si trovavano.

Le nuove leggi in effetti per ciò che riguarda servitù si rimettono alla polizia municipale unicamente per potersi procurare mercè i regolamenti di amministrazione la bellezza della Città, ed il miglior ordine degli edifizi, e per servire a' bisogni, ed a' rapporti de' diversi luoghi che variano secondo il vario loro stato fisico e morale. È dunque in questi regolamenti che dee cercarsi quella distinzione che invano Toullier e Delvincourt vorrebbero rinvenire nella legge ch'è muta, mentre il suo fine nel determinare la distanza è stato unicamente quello d'impedire la influenza de' sguardi maligni del vicino su le case altrui, come si espresse il Tribuno Albisson giusta quanto di sopra si è detto.

Or se tale è lo spirito delle nuove leggi, se chiara è la lettera dell'art. 599 che non ammette nè limitazioni nè eccezioni al divieto di aprir vedute dirette nella distanza prescritta, sia egli lecito a' Giudici, o a' privati di sottintenderne alcuna senza arrogarsi il dono prezioso indivisibile ed incomunicabile della sovranità, cui solo è riservato d'interpretare *extensive*, *restrictive*, e *declarative* la propria legge?

4. Ma perchè non sembrasse che la sola nostra opinione voglia intraporsi a quella de' più classici Giureconsulti della Francia, vediamo un poco se possiamo contrapporre autorità ad autorità in sostegno del nostro assunto.

E principiando da' Giureconsulti Oltremontani il celebre Pardessus nelle due prime edizioni della sua opera sulle servitù num. 278, così si esprime.

» Il diritto di avere delle vedute sulla strada pubblica non è più favorevole di quello di averne sopra se stessa. Or se la legge esige che il proprietario dello spazio intermedio non abbia le vedute dirette se non quando questo spazio è di sei piedi, per qual motivo più possente questa distanza dovrebbe essere minore quando lo spazio è pubblico?

Egli è vero che questo Scrittore nella ultima edizione della sua Opera num. 204, lasciandosi imporre dall'opinione del Sig. Toullier, ritrattando la propria, ha professato il contrario avviso, ma la dottrina da lui prima professata è stata seguita dalla Corte di Appello di Nancy del 25 Novembre 1816, e da infiniti Arresti delle Corti Supreme riportati da Sirey anno 1817, par. 2. pag. 115 e seguenti, e che costituiscono un *jus receptum* per la Francia.

Gli autori delle Pandette Francesi han sostenuto questa medesima dottrina così scrivendo nel comentare gli articoli 678, 679 e 680 del cod. Francese.

» Gli articoli precedenti sono relativi o al muro comune, o al muro non comune, ma contiguo senza mezzo al fondo vicino, formando immediatamente la separazione delle due proprietà.

» Questi concernono il caso in cui tra i due fondi vi è uno spazio intermedio, come un sentiero, o viottolo, un ruscello, un circuito, o un giro di scala

» Gli statuti variano a questo riguardo, ma
 » il codice civile stabilisce una regola generale
 » ch'è quella dello Statuto di Parigi.

» La Giurisprudenza avea altresì fissata la
 » maniera di contare questa distanza partendo
 » dalla faccia esteriore del muro, dove sono sta-
 » te fatte le aperture.

» Ma il nostro articolo pare che prescrive
 » una regola un poco più dura scontando la li-
 » nea della distanza fino alla linea esteriore de'
 » balconi, e de' sporti quando ve ne sono: in-
 » perciocchè da un lato questi balconi nulla ag-
 » giungono all'aspetto, e dall'altro lo sporto non
 » esiste sul fondo vicino.

Gli autori del nostro comentario sull' art.
 599 professano la stessa dottrina » L'art. 599.
 » (essi dicono) ha luogo, checchè ne dicano
 » alcuni Autori Francesi, tanto se il terreno che
 » separa i due fondi sia addetto agli usi publi-
 » ci, quanto se appartenga esclusivamente a co-
 » lui che voglia aprir vedute, o finestre nel suo
 » muro: in ambi i casi si avvera che esiste la
 » distanza di dodici palmi dal muro ove deb-
 » bonsi formar le aperture fino al fondo vicino,
 » il che la legge richiede, ed all'opposto tale
 » distanza mancando non possono autorizzarsi le
 » aperture, nulla ostando l'interposizione di pub-
 » bliche strade, di rivi di acqua, o la qualità
 » deserta del contiguo fondo; ove la legge dispo-
 » ne senza eccezioni non è permessa veruna con-
 » discendenza, o arbitrio nel giudicare.

Il Sig. Sirey vol. 17 part. 2. pag. 155.
 rapporta una decisione della Corte di appello di
 Nantes del 25 Novembre 1816 tra Durac e Chai-
 lier, nella quale si consagra la seguente massima.

» La disposizione dell' art. 678 del cod. civile
 » la quale proibisce di aprire vedute dirette o
 » finestre a prospetto verso il fondo del suo vi-
 » cino, se non vi siano sei piedi di distanza tra
 » il muro ove si eseguono, ed il detto fondo, è
 » assoluta, e si applica ugualmente al caso in
 » cui il terreno intermedio è consacrato sia agli
 » usi pubblici, sia alla frequentazione di taluni
 » particolari a' quali è comune, come al caso in
 » cui tale terreno appartenga a colui, il quale
 » vuole aprire le finestre nel suo muro: la dis-
 » tanza debba essere la medesima in tutt' i casi
 » v. Sirey cod. Annot. sull' art. 678 cod. Fran-
 » cese.

Infine De Augustinis seguendo le orme del
 dotto Lepage nel suo trattato delle servitù predia-
 li pag. 202 insegna » che la mancanza di con-
 » tiguità, e l'intermezzamento del fondo alieno
 » pubblico o privato come la via o la strada, il
 » viale od altro, non fa cessare il dovere di ser-
 » bare la distanza quando il tal fondo frappesto
 » manca della larghezza di dodici palmi.

E lo stesso autore adduce per ragione che
 il vocabolo *contiguo* è ben diverso dal vocabo-
 » lo *vicino*, delle quali voci si fa uso non in-
 » distintamente negli articoli 599 e 597 ll. cc.
 » al che si aggiunge che stando al principio del-
 » la non contiguità, (sono parole dello stesso
 » scrittore) ne seguirà di legittima consequen-
 » za, che dato un palmo di suolo intermedio tra
 » i due fondi, ed attribuito questo ad un terzo,
 » l'uno potrà benissimo in tal caso aprir bal-
 »coni, finestre e logge, le quali col consenso di
 » costui andranno a sporgere sul Cortile, o sul-
 » la terrazza del vicino. Si vedrà più allora la

» legge nel suo nobile scopo, vi resterà nulla
 » della sua bontà? Noi non lo vediamo.

Ecco come l'autorità de' Dottori, la interpretazione de' Forensi, la Giurisprudenza de' Tribunali concorrono sempre più a convincerci che l'esistenza di una strada intermedia non può autorizzare le vedute dirette a prospetto sul fondo del vicino vietate dall'art. 599. LL. CC. nella distanza minore di palmi dodeci.

5. Ma per compiere la dimostrazione del nostro assunto ci sia permessa un'analisi grammaticale e filosofica dell'art. 599, messe in confronto le sue espressioni con quelle adoperate dal Codice pubblicato nell'ex Regno d'Italia.

L'articolo 678. del Codice francese era così concepito nel suo testo originale » La distance dont il est parlé dans les deux articles précédents, se compte depuis le parement extérieur du mur où l'ouverture se fait, et, s'il y a balcons ou autres semblables saillies, depuis leur ligne extérieure jusque à la ligne de séparation des deux propriétés.

Allorchè l'occupatore delle Gallie, conquistata l'Italia volle farle dono del suo Codice, la traduzione fattane a Milano ha spiegato l'articolo nel seguente modo.

» Non si possono avere vedute dirette o finestre a prospetto, nè logge, o altri simili sporti verso il fondo chiuso, o non chiuso del suo vicino, se tra il fondo di questo e il muro in cui si formano le dette opere, non vi è la distanza di diecinnove decimetri (sei piedi).

Infine nel Codice pubblicato nel 1819 per lo Regno delle Due Sicilie, l'art. 599. si esprime così » Non possono aprirsi vedute dirette o fi-

» nestre a prospetto, nè balconi, o altri simili
 » sporti sul fondo chiuso o non chiuso del vi-
 » cino, se tra il detto fondo ed il muro in cui
 » si formano le dette opere non vi è la distan-
 » za di dodeci palmi.

Or se si attende all' espressioni *vedute di-
 rette o finestre a prospetto* impiegate nell' ar-
 ticolo in disame, ben si comprende che la dispo-
 sizione legislativa abbraccia nella sua generalità
 i sporti non meno che le semplici aperture, nè
 per darsi luogo al divieto è necessario che ad ot-
 tener la veduta si sporgesse in fuori, giacchè di-
 cesi diretta la veduta di taluno quando la visua-
 le si estende orizzontalmente davanti a lui man-
 tenendosi egli in situazione dritta, e non potrebb-
 be tale considerarsi allorchè per guardare in giù
 gli fosse necessario, curvandosi sopra se stesso,
 appoggiarsi, sporgere, ed affacciarsi ad una finestra
 o ad un balcone.

Prospetto, *prospicere* dicesi di colui che
 stando seduto o in piedi nell' interno della sua
 stanza, e guardando a traverso delle finestre, o
 i balconi vede l' oggetto che se gli offre d' incon-
 tro, *quem domi stans vel sedens habet*, giusta
 l' espressioni della Costituzione di Zenone sicchè
 se il Legislatore vieta di aprirsi vedute dirette o
 finestre a prospetto in distanza minore di palmi
 dodeci, è da dirsi ch' Egli abbia avuto in mira
 di vietare la veduta diretta orizzontale dell' uno
 sporto all' altro, non già la semplice veduta per-
 pendicolare da sopra in sotto, poichè il prospet-
 to comunque riunisse in se la veduta perpendi-
 colare non meno che l' orizzontale, pure prende
 principalmente questa ultima in mira, poichè *pro-
 spicere* significa propriamente guardar di rimpet-
 to, o in distanza *procul aut ante videre*.

Nè dee trarsi argomento in contrario dalla preposizione *sul* impiegata dall' articolo 599. poichè comunque la visuale sia orizzontale, o diretta, obliqua o trasversale si dice sempre guardar sul luogo, guardar sul punto; ed in effetti il Codice per lo Regno Italico mentre traduce il *sur de'* Francesi col *verso* degl' Italiani, scambia poi anche questa preposizione col *sul* impiegato nell' epigrafe della Sezione 3.^a

L' analisi grammaticale quindi non meno che l' analisi filosofica concorrono a convincerci che la idea del Legislatore sia stata quella d' impedire le vedute dirette , o a prospetto sempre che la visuale sia perpendicolarmente , sia orizzontalmente , si estenda nell' altrui fondo chiuso o non chiuso posto in una distanza minore di palmi dodeci, essendo egualmente pericoloso al dir di un antico Filosofo il metter gli occhi, che le mani sulla cosa altrui; ed ove si ammettesse la contraria teoria, il vicino potrebbe bene distendere e le mani ed i piedi nella casa del vicino, ove non essendo i due edifizi separati che per un viale di pochi palmi, fosse lecito a' proprietari di formare de' balconi ne' muri paralleli delle rispettive abitazioni che verrebbero non solo sottoposte alla vista, ma al tatto vicendevo- le di coloro che l' abitano.

Or sia egli lecito di attribuire tanti assurdi alla saggezza ed alla previdenza del legislatore ? Se tal soggezione dovesse essere tollerata sulla considerazione che il comodo e l' incomodo del vedere ed essere veduto sono reciproci come sostiensì da' nostri avversari, la legge non potrebbe non essere tacciata di contraddizione non essendovi ragione per proibire le vedute perpendico-

lari piuttosto che le orizzontali, e quando l'interpretazione offre un risultato che ripugna alla ragione non dev'essere accolta dal Magistrato.

6. Infine niuno argomento può desumersi dalla voluta sinonimità de' vocaboli vicino e contiguo, non che dalla disposizione dell' articolo 601 LL. CC.

Invero contiguo dicesi propriamente ciò che sta unito, ciò che si tocca, *quod alteram tangit*, mentre che vicino dicesi colui che sta ad una certa distanza, *qui via eodem vico aut certe non procul ab aedibus nostris habitat*. Così l'Eineccio nel distinguere la servitù di lume da quella di prospetto dice: *in servitute luminum requiritur contiguitas praediorum; servitus prospectus constitui etiam potest a vicino remotiore*. Così le nostre leggi la stessa distinzione ritengono negli art. 597. e 599, applicando la voce *contiguo* a' fondi che si toccano, ed usando l'espressione *vicino* allorchè vuole esprimere i diritti, i rapporti e gl'interessi de' proprietari de' fondi divisi da prudenziale distanza.

La linea di separazione poi di cui parla l'articolo 601. niun peso può aggiungere alla contraria opinione, poichè se la distanza prescritta da questo art. dovesse serbarsi sol quando i fondi fossero contigui, l'art. non troverebbe applicazione nel fatto, essendo contraddittorio che i due fondi possono essere nel tempo istesso e confinanti e distanti. Risulta invece dall'art. 601. che siccome la legge per la misura dello spazio intermedio ha stabilito per uno de' lati la faccia esteriore del muro dove si fa l'apertura o la linea esteriore de' balconi, de' sporti, così per l'altro lato ha fissato doversi quella estendere sino

alla linea esteriore opposta dello spazio intermedio separazione vera de' due fondi, in modo che le due linee esterne dello spazio intermedio che sono in contatto co' fondi opposti e separati servir deggiono di base a fissare la misura della distanza.

QUISTIONE 9.^a

IL DIVIETO DI FORMAR DELLE VEDUTE DIRETTE, O OBLIQUE IN DISTANZA MINORE DI QUELLA STABILITA DAGLI ARTICOLI 599, e 600 LL. CC. CESSA O PUR NO QUANDO ESISTE UN MURO INTERMEDIO ATTO AD IMPEDIRE LA VISTA SUL FONDO DEL VICINO? E NELL' AFFERMATIVA DEMOLENDOSI IL MURO INTERMEDIO SI POTREBBE DOMANDARE LA CHIUSURA DELLE FINESTRE E DELLE VEDUTE GIA' APERTE?

Queste quistioni sono facili a risolversi se si riflette allo spirito della legge, se si attende ai motivi che han dettate le sanzioni degli art. citati. In vero il divieto non è stato prescritto se non ad oggetto d'impedire che il proprietario di un edificio potesse estendere le sue vedute indiscrete sulla casa del vicino per spiare le sue operazioni, mentre egli tranquillo riposa nel recinto delle domestiche pareti. Ove l'esistenza di un muro intermedio rende inutile il divieto, non vi sarebbe ragione per cui dovesse continuare a sussistere, giacchè *cessante causa cessat effectus*.

Ma se il muro intermedio si demolisse sia ch' egli appartenesse al proprietario del fondo dominante, sia che appartenesse al proprietario del fondo serviente, potrebbe domandarsi la chiusura

delle finestre fatte quando il muro intermedio esisteva?

Noi sostenghiamo l'affermativa malgrado il contrario avviso di Toullier tom. 3. n. 528, e di Desquedets sull'art. 202 della Costumanza di Parigi, giacchè il proprietario del fondo dominante non potrebbe mai giovare della prescrizione ostandogli la massima *contra non valentem agere non valet praescriptio*.

In fatti se il proprietario del fondo serviente non potea dimandar la chiusura delle finestre durante l'esistenza del muro intermedio perchè la veduta del vicino non potea essergli molesta, è chiaro che il padrone del fondo dominante non ha potuto mai prescrivere il diritto di aprir vedute sulla casa del vicino che a lui compete per effetto della libertà naturale, e dell'esercizio del diritto di proprietà, e che ha perduto per ministero di legge subitocchè essendosi demolito il muro intermedio si è egli reso soggetto alle sanzioni degli art. 599 e 600. LL. CC.

QUISTIONE 10.

SI PUÒ COSTITUIRE UNA SERVITU' PER SEMPLICE DILETTO, PER SEMPLICE ORNAMENTO, COME QUELLA DI POTER PASSEGGIARE SUL FONDO ALTRUI, DI POTERVI RACCOGLIERE LE FRUTTA, CENARVI EC. ?

Ancora una volta ci sia permesso di ripetere che il diritto Romano in questa materia non ci offre che sottigliezza bizzarra, contraddizioni inconciliabili, incertezza affliggente.

In fatti nella l. 3. ff. *de aqua quot. et*

æst: si consacra in termini precisi: hoc jure utimur, ut etiam non ad irrigandum, sed decoris causa, vel amenitatis aqua duci possit.

Per l'opposto il Giureconsulto Paolo nella legge 8. ff. *de servit.* insegna il contrario poichè dice *ut pomam de cerpere liceat, ut spatiari, ut vocari in alieno possimus servitus imponi non potest.* Vedi Cujacio sulla legge citata.

Queste contraddizioni manifeste han tormentato ragionevolmente gl'interpreti, ed i Dottori, ma bisogna pur convenire che la giurisprudenza eurenica, ed il *jus civile* propriamente detto non erano che un misto di opposte sentenze di Giureconsulti ascritti a diverse sette, ma che il *jus praetorium* introdotto per mitigare il rigor del diritto non facea conto di tali distinzioni ammettendo sempre, ed indistintamente la servitù per semplice diletto, come chiaramente risulta dalle leggi 4. 9. 15. ff. *de servit.* l. 5. e 26. ff. *de servit. rusti. praed.* l. 16. ff. *usuf.* Ma potrebbe ora questa quistione riprodursi fondatamente sotto l'impero delle leggi vigenti? Se si riflette all'espressioni adoperate dal Legislatore nell'art. 667 Codice Francese, 686. leggi civili, se si consulta lo spirito che le ha dettate, la negativa non sembra dubbia; poichè il Legislatore volle una libertà piùchè assoluta nello stabilimento delle servitù, proibendo solamente quelle che sono dalle leggi vietate, quelle che sono contrarie all'ordine pubblico, o al buon costume.

Egli è vero che i novelli Legislatori temendo il rinnovellamento degli abusi dalla libertà che la massa mostruosa del regno feudale avea

introdotto facendo della proprietà fondiaria un istrumento di servaggio, ha vietate quelle servitù che son contrarie all'indipendenza delle persone, proscrivendo tutt' i servizi personali, ma il diritto di poter passeggiare nel fondo altrui, di potervi raccogliere le frutta, di potervi cenare, non include punto l'idea di un servizio personale, ma è un diletto che contiene nel tempo istesso un vantaggio, una utilità reale in favore del fondo al cui proprietario e possessore tal diritto trovasi concesso, giacchè il fondo acquista un valore locativo più significante, ed il prezzo reale si rende più considerevole. Ove dunque una simile servitù si fosse costituita uopo è esaminare se il diritto si fosse concesso immediatamente per l'utilità del fondo, e mediatamente per l'utilità della persona o viceversa, poichè nel primo caso niun dubbio che la servitù dovesse intendersi validamente costituita.

I Giureconsulti romani avean stabilita la massima, che *omnes servitutes praediorum perpetuas causas habere debent l. 28 ff. de servit.*, massima su cui si sono esercitati i più dotti interpreti senza poter convenire tra loro, ma egli è indubitato che se l'interesse è il fondamento di tutt' i diritti, e di tutte le obbligazioni di cui ne costituisce la causa, in materia di servitù questo interesse consiste nella utilità, e nell'ornamento di un fondo in pregiudizio dell' altro. Basta dunque che colla servitù costituita il fondo o'tenga un vantaggio, una utilità, un abbellimento prossimo, o lontano, perchè la servitù potesse dirsi validamente costituita; ed a questo proposito ricordiamo, che Labeone nella legge 19. ff. *de servit.* ha ragionevolmente in-

segnato che l' inutilità apparente non basta a rendere la servitù priva di effetti, non potendosi immaginare che colui il quale reclama la esecuzione di una convenzione fosse privo d' interesse per ottenerne l' adempimento. Se dunque la servitù *amaenitatis vel decoris caussa*, non lascia di essere vantaggiosa ad un fondo, ed all' uso di un fondo di cui ne aumenta il valore, finchè essa non imponga un servizio personale contrario alla indipendenza ed alla libertà de' Cittadini, non vi ha ragione per dichiararla nulla, e vietata dalla legge, la quale ha concessa la libertà la più assoluta nello stabilimento delle servitù. Vedi *Domat lib. 1. tit. 12.* Brunneman sulla legge *17. de servit.* Merlin alla voce *servitude* §. 13., e Pardesieux n. 315.

QUISTIONE II.

LA SERVITU' DI ATTINGERE ACQUA DA UNA CISTERNA ERA, O PUR NO RICONOSCIUTA DALLE ANTICHE LEGGI?

È DESSA RICONOSCIUTA DALLE LEGGI VIGENTI?

A questa quistione ha dato luogo il seguente

F A T T O

Il fu D. Candido Amantea con testamento del 1791. nel dividere i suoi beni tra i suoi nepoti Ottavio e Giovanni, dispose, che tanto essi, che i posterì in *futurum*, ed in *perpetuum* potessero servirsi dell' acqua di una Cisterna sita nel vaglio ereditario un anno per cadauno, con proibizione di farne partecipare ad altri, affinchè non mancasse loro l' acqua,

La porzione del Palazzo assegnata a D. Ottavio si è trasmessa alla sua erede D. Teresa Amantea la quale con istrumento de' 10 Luglio 1821. ne fe' vendita a favore del Sig. D. Giuseppe Amantea.

I Signori D. Giovanni, e D. Nicola han conteso al compratore l' esercizio di tal servitù, perlocchè essendosi attitato giudizio presso il Tribunale Civile di C. C., il nostro stimabile amico Sig. D. Saverio Grieco dotto di lor difensore ha sostenuto la negativa in forza de' seguenti argomenti.

1.° Tra i requisiti delle servitù (ha egli detto) vi è quello, che debbono avere una causa perpetua.

In fatti Paolo nella legge 28. ff. *de ser. praed. urb.* si esprime così: *Omnes autem servitutes praediorum perpetuas causas habere debent: et ideo neque ex lacu, neque ex stagno concedi aquaeductus potest.* ed Ulpiano nella legge unica ff. *de fonte* §. 4. non contento della massima generale stabilita dal Romano diritto che le servitù debbono avere una causa perpetua, parlando particolarmente della Cisterna in detta legge si esprime ne' seguenti termini: *Hoc interdictum de cisterna non competit; nam cisterna non habet perpetuam causam, nec vivam aquam. Ex quo adparet in his omnibus exigendum ut viva aqua sit. Cisternae autem imbribus concipiuntur. Denique constat interdictum cessare si lacus, piscina, puteus vivam aquam non habent.*

E l' istesso Ulpiano nella legge 1. ff. *de aqua quo. et aest.* §. 6. dice:

Quamquam autem ad perennes aquas di-

ixerimus hoc interdictum pertinere; ad eas tamen perennes pertinet quae duci possunt. Caeterum sunt quaedam quae etsi perennes sunt duci tamen non possunt; ut puta puteales et quae ita sunt submersae ut defluere extra terram et usui esse non possint; sed huiusmodi aquae quae duci non possunt huiusmodi servitus imponi potest: hoc interdicto de aqua, item de fonte ad eam aquam pertinere videntur quae a capite ducitur non aliunde; harum enim aquarum etiam servitus jure civili constitui potest. Caput aquae illud est unde aqua nascitur. Si ex fonte nascitur ipse fons, si ex flumine prima incilia, vel principia fossarum.

2.^o Che se voglia ricorrersi all'autorità degli interpreti, e de' Commentatori del diritto, non si tarderà a convincersi, che la servitù di attingere acqua da una Cisterna non era riconosciuta dalle leggi del Lazio.

In vero l'Einneccio nelle sue istituzioni civili §. 395. dice: *Servitutum caussam esse debere perpetuam*; e nel §. 411. dice: *Servitus aquaeductus est jus aquam ducendi per fundum alienum. Quamquam eodem modo constitui possit jus aquam hauriendi ex fonte alieno, non tamen ex Cisterna ob axioma ec.* Vedi lo stesso scrittore nel Com. alle Pandette lib. VIII. tit. 3.

Arnoldo Vinnio nel lib. 1. cap. 79. delle partizioni del diritto si serve quasi delle stesse parole. Eccole trascritte: *Tertium est causa servitutis perpetua, de quo veteres sic statuerunt; omnes servitutes praediorum Perpetuas Causas habere debent*; e le stesse idee pale-

sa ne' Comentari alle istituzioni di Giustiniano.

Ulrico Ubero nelle prelaioni sulle Pandette Giustinianee nel lib. VIII. tit. 4. §. VI. dice: *Sequitur alia communis proprietatis servitutum quae est haec. Quod omnes servitutes praediorum perpetuas causas habere debent. Quod ut intelligatur explicat Paulus per hanc rationem. Et ideo neque ex lacu, neque ex stagno concedi aquaeductus potest. Quia lacus, et stagnus possent crescere, et exinanire nec ita perpetuam durandi causam idest aptitudine habent; e lo stesso Ubero nel §. VII. dice: atqui in Cisternam cadit etiam aqua de coelo, et tamen e cisterna non potest servitus aquae haustus constitui. Quia redditur ibi ratio non habere Causam Perpetuam, nec vivam aquam sed imbris capiuntur.*

In fine Gerardo Noodt nel suo Comentario al lib. 8. tit. 4. delle Pandette si esprime così: *Paulus negat servitutem in lacu, et stagno, nam ex aqua mortua, et collectitia, et facile exarescente non solet aquaeductus concedi. Simile in Cisterna, nam et ista habens aquam mortuam non praebet aquae haustus.*

Nè professarono contraria opinione Cipolla nel suo trattato delle servitù prediali, Wissembachio nelle sue disputazioni, Binkersoch nelle sue questioni, e molti altri Giureconsulti, giovandosi della massima consacrata nel Digesto, e nella legge unica ff. *de fonte*; ma le due citate leggi sono a bastanza chiare per non meritare ulteriori dilucidazioni.

3.° In vano poi per parte de' Signori D. Giu-

seppe, e D.^a Teresa Amantea si cerca di sostenere, che la perpetuità della causa non sia necessaria nelle servitù, poichè la servitù di passaggio, la servitù d'immettere il fumo, la servitù di stillicidio non offrono la causa perpetua, ed intanto sono dalle leggi permesse.

Da noi si risponde, che se le leggi non annoverano la servitù di attingere acqua dalla Cisterna, dal Lago, dallo stagno alla classe di tutte le altre servitù ciò lo fecero con somma ragione.

Per causa perpetua in fatti non s'intende il continuato esercizio della servitù come essi malamente dicono, ma si intende l'attitudine perpetua che ha il predio serviente all'esercizio della servitù.

Così il passaggio non si esercita continuamente, ma ogni qualvolta si vuole esercitare la strada si presta.

Il fumo non s'immette continuamente nel cammino, ma se al padrone piace di accendere il fuoco, il tubo è sempre atto a ricevere il fumo.

Dallo stillicidio non sempre cade l'acqua, ma quantevolte piove, il terreno sottoposto è sempre atto a riceverla.

Non così della Cisterna, del Lago, dello Stagno. Essi non sono sempre atti a prestar la servitù. Vorrà il padrone dominante attingere, ed intanto la Cisterna sarà esiccata. Ecco che non ha la causa perpetua.

4.^o Ma rispondono quì i dotti Difensori de' Signori D. Giuseppe Maria, e D. Teresa Amantea che siano queste sottigliezze del dritto antico, e che il Rescritto di Antonino il Pio riportato da Ulpiano, la legge 9. ff. *de servit. praed. rustic.* le distrussero.

È sorprendente come si possa supporre che Paolo il quale parla nella legge 19. ff. *de servit. praed. urb.*, ed Ulpiano il quale parla nella legge 1. ff. *de fonte*, abbiano potuto disconvenire così da loro medesimi, ed abbiano fissate delle massime contraddittorie.

Questo dubbio offende la dottrina, e la scienza di quei sommi uomini.

Vediamo però se effettivamente il Rescritto di Antonino il Pio distrugge la massima riconosciuta da tutti i Giureconsulti, se Paolo, ed Ulpiano dissentono da loro medesimi, e distruggono le proprie dottrine.

Paolo nella legge 9. ff. *de servit. praed. rustic.* dice: *Servitus aquae ducendae vel hauriendae nisi ex capite vel ex fonte constitui non potest. hodie tamen ex quocumque loco constitui solet.*

Il Diritto antico rigoroso stabili, che la servitù di acquedotto, e di attingere acqua non potevano stabilirsi che nella sorgente, nel fonte, nella origine.

Inventatasi da Vitruvio la ruota, che anche oggidì si usa, la quale innalzava le acque, inventatosi il Castello per diffondere le acque nelle Città, e nelle Campagne, venne Antonino a recedere dall'antico rigore, e permise che anche nella ruota, e ne' Castelli potesse stabilirsi la servitù di attingere, e di condurre acqua.

5.° Ma piace ai Sig. D. Giuseppe Maria, e D.ª Teresa Amantea di volerci far credere, che *Castellum* significa Cisterna.

Noi potremmo dirgli in primo luogo, che non siamo nell'obbligo di prestargli fede.

Possiamo dirgli in secondo luogo, che Ci-

sterna in italiano si traduce Cisterna in latino. Che questo vocabolo fu usato da Cicerone, e dagli altri autori del buon secolo; e che se Antonino voleva parlare nel suo trattato della Cisterna, avrebbe usata la voce Cisterna, e non già *Castellum*. Possiamo dirgli in terzo luogo, che i classici tutti, il Facciolati, ed il Forcellini traducono la voce *Castellum* per un recipiente di acqua ove si riunisce per acquidotti, e si diffonde nelle vicine Campagne, e che Cisterna significa un recipiente di acqua piovana.

Possiamo in ultimo dire, che Vitruvio, Festo, e Frontino ce ne donano una ben diversa definizione. Vitruvio, che ne fu l'inventore chiama la Cisterna *vasca nella sommità della fontana ch'è la prima ad accogliere le acque*.

Festo dice » Castello è detto il recipiente » dell'acqua negli acquedotti donde per mezzo » di tubi si distribuisce in vari luoghi per cui è detto *dividiculum*.

Frontino dice: *Castella dicebantur quaedam in aqueductibus receptacula ex quibus ad omnes viarum anfractus aqua per uncias et digitos dividebatur qui autem hujusmodi castellis praeerant Castellarii dicti sunt*.

Ecco dunque, che Castello non vuol significare Cisterna come ci voglion far credere i Signori D. Giuseppe Maria, e D.^a Teresa Amantea, ma significa recipiente di acqua presa da una fontana, o da fiume perenne; e siccome prima la servitù non poteva costituirsi che nel principio della sorgente *prima incilia vel principia fossarum*, così in prosieguo Antonino permise, che anche nel corso de' fiumi *quocumque loco* per mezzo delle Ruote, e de' Castelli potesse

stabilirsi. Quindi Paolo non dissenta da Paolo, Ulpiano non discorda da se medesimo, ed i Giureconsulti tutti che stabilirono la massima che le servitù debbono avere una causa perpetua non si sono ingannati.

6.° Ma oltre a ciò quando anche la servitù di attingere acqua da una Cisterna fosse riconosciuta dalle antiche leggi, potrebbe nel caso in esame competere l'esercizio di un tal diritto al Sig. D. Giuseppe Amantea?

Dall'espressioni usate dal fu D. Candido nel suo testamento risulta, che nel dividere egli il Palazzo tra i due suoi nepoti D. Giovanni, e D. Ottavio, ha lasciato a quest'ultimo l'uso dell'acqua della Cisterna sita nel Cortile di D. Giovanni, quante volte venisse a mancare l'acqua della Cisterna sita nel Cortile di D. Ottavio. La maniera come si è espresso fa conoscere che non ha inteso di lasciare che una servitù di uso al solo D. Ottavio.

Giova qui osservare la distinzione tra le servitù reali, e le servitù personali. Si dicono reali le servitù nelle quali il predio serve al predio, e queste si tramandano agli eredi: personali quelle in cui il predio serve alla persona come l'usufrutto, l'uso, l'abitazione, e tutte le servitù prediali ancora quando si danno nominativamente all'individuo: queste ultime si estinguono colla persona.

Che la servitù di attingere acqua sia di queste ultime specie non vi è luogo a dubbio, dappoichè essa non può giovare al predio, ma alla persona, ed alla persona è stata nominativamente lasciata.

Riportiamo la legge 37. ff. *de servit. praed. rustic.*

Lucius Titius. G. Sejo fratri S. P. de aqua fluente in fontem quem pater meus in Istimo instruxit, do, concedoque tibi digitum, sive ad domum quam in Istimo tenes, sive quocumque tandem volueris.

Quaero an hac scriptura usus aquae etiam ad haeredes Gaji pertineat Paulus respondit usum aquae personalem ad haereditatem Seji, quasi usuarii transmitti non oportere. Sembra che il Giureconsulto Paolo avesse preveduto il caso in esame, dappoichè tratta di una servitù di acqua concessa da un fratello ad un altro per servirsi in una casa di proprietà del cessionario. Identica, e perfettamente simile è la quistione, per cui è d'uopo convenire che la servitù si estinga col decesso di D. Ottavio.

Leggasi ancora la legge 4. ff. *cod. tit.* ove dicesi, che quando si è designata la persona cui deve prestarsi la servitù *emptori, vel haeredi non eadem praestabitur servitus*. Tralasciamo di riportare il sentimento de' Comentatori per non accrescere inutilmente la noia con ripetere il senso istesso delle due leggi citate. La saviezza e perizia de' Signori Giudici potrà supplire a questa mancanza.

7.º In fine i Signori D. Giuseppe, e D. Teresa Amantea non possono invocare il prescritto dell' art. 614. leggi civili. In fatti a prescindere, che i diritti acquistati pria del 1809. debbono regolarsi colle leggi latine allora vigenti, devesi ancora riflettere, che l' art. 614., e quello che lo precede parlano di servitù continue, ed apparenti, che il Padre di famiglia costituisce nella sua proprietà. Esclude dunque la legge le altre specie di servitù, e fra queste quella di attinge;

re acqua ch'è una servitù discontinua. Quindi lungi dal trarre argomento in lor favore i Sig. D. Giuseppe, e D.^a Teresa Amantea devono anzi convenire, che le disposizioni contenute negli articoli 613, e 614 da essi invocate favoriscono le ragioni di D. Giovanni e D. Nilo Amantea.

Chiamati noi a sostenere le difese di D. Teresa, e D. Giuseppe Amantea, abbiain conchiuso ne' seguenti termini.

Signori

1.^o Gravi, difficili, e sempre rinascenti sono le quistioni che offre la materia delle servitù secondo i principj del romano diritto (1); ma se ci faremo ad analizzare la lettera, e lo spirito di quelle leggi, se metteremo in rassegna i loro motivi, se colla critica, e colla face della ragione per guida consulteremo la storia fra le tenebre della più remota antichità, fra le favole, e le ricordanze degli antichi costumi, non tarderemo a persuaderci, che la servitù di attignere acqua da una cisterna era riconosciuta dalle leggi latine, come la è dalle leggi imperanti.

Ed in vero quattro sono le leggi che s'invocano per sostenere la contraria teoria.

La prima è la l. 28 ff. *de servit. urb. praed.* nella quale si trascrive una sentenza di Paolo estratta dal decimoquinto libro del suo

(1) *Fatendum nihilominus est, quod subtilitatibus minime quidem necessariis, sed a veritate, et commune usu plerumque abeuntibus, materiam hanc de servitutibus romani quandoque involuerint.*

Gerard. Tit. Dissertat. de servitut. §. 8.

diritto civile diretto a Massurio Sabino, ch'è del tenor seguente.

Foramen in imo pariete conclavis, vel triclivi, quod esset proluendi pavimenti causa, id neque flumen esse, neque tempore adquiri placuit. Hoc ita verum est, si in eum locum nihil ex coelo aquae veniat. Neque enim perpetuam causam habet, quod manu fit: at, quod ex coelo cadit etsi non adsidue fit, ex naturali tamen causa fit, et ideo perpetuo fieri existimatur. Omnes autem servitutes praediorum perpetuas causas habere debent; et ideo neque ex lacu, neque ex stagno, concedi aquaeductus potest. Stillicidii quoque immittendi naturalis, et perpetua causa esse debet.

La seconda è la l. 23 ff. *de servit. rustic. praed.* in cui si racchiude altra sentenza dell' istesso Paolo espressa ne' seguenti termini: *Si lacus perpetuus in fundo tuo est, navigandi quoque servitus, ut perveniatur ad fundum vicinum, imponi potest.*

La terza è la legge 1. ff. §. 4. *de fonte*, nella quale contiensì una sentenza del Giureconsulto Ulpiano espressa così: *Hoc interdictum de cisterna non competit, nam cisterna non habet perpetuam causam, nec vivam aquam. Ex eo quo adparet, in his omnibus exigendum, ut viva aqua sit. Cisternae autem imbribus concipiuntur. Denique constat, interdictum cessare si lacus, piscina, puteus vivam aquam non habeant.*

Finalmente la quarta è la legge 29. ff. *de servit. urban. praed.*, nella quale il Giureconsulto Pomponio consagra la massima: *Si quid*

igitur ex eo foramine ex quo servitus non consistit, damnum vicinus sensisset: dicendum est damni infecti stipulationem locum habere.

Nella prima delle leggi citate Paolo insegna in termini precisi che la servitù *foraminis in imo pariete, conclavis, vel triclivii proluendi pavimenti caussa*, non possa validamente costituirsi, se nel pavimento non cada acqua dal cielo, adducendo per ragione *neque enim perpetuam caussam habet quod manu fit*, ed in conseguenza il diritto di tenere aperto il forame non può neanche acquistarsi per mezzo della prescrizione ai sensi della legge 1. ff. *de servit. urban. praed.*

Passa in seguito il Giureconsulto da un tal principio a stabilire un' altra conseguenza, cioè nè dal lago, nè dallo stagno potersi costituire una servitù di acquedotto, *ideo neque ex loco, neque ex stagno concedi aquaeductum posse*, perchè il lago al dir di Varrone (1) *est lacuna magna ubi aqua contineri potest, e aquae plerumque manu excavatur, ut ibi aqua palustris et pluvia colligatur*, in modocchè può spesso decrescere, e talora interamente essicarsi, locchè è applicabile egualmente allo stagno giusta la definizione che ce ne dà la l. 10 ff. *quibus modis usuf. vel us. omit.*

In fine il Giureconsulto volendo illustrare la sua teoria cogli esempj soggiunge, *stillicidio quoque immittendi naturalis, et perpetua caussa esse debet*, volendo con ciò denotare, che

(1) Vedi Varrone *de lingua latina* lib. 4. pag. 12.

la servitù di stillicidio allora solamente poteasi validamente costituire, quando naturalmente l'acqua piovana s'immettesse per mezzo di canali da un edificio all'altro, non già quando taluno si fosse obbligato d'inassiare le piante che il vicino proprietario avesse impiantate ne' suoi tetti tirando acqua dalla sua fontana, poichè in tal caso mancando la causa naturale, e perpetua non potea validamente costituirsi la servitù dello stillicidio.

Ma i principii stabiliti nella legge citata, non vengono dessi distrutti dallo stesso Giureconsulto Paolo nella l. 23 ff. *servit. rustic. praed.* ov'egli ammette la servitù della navigazione nel lago riconoscendo non solo la causa perpetua, ma eziandio la perpetuità del lago che ha negato nella legge precedente? Questa legge dunque non solo ci presenta Paolo in contraddizione con Paolo, ma cel dimostra in contraddizione con Ulpiano il quale nella l. 1. ff. *de fonte*, che or ora analizzeremo, ha negato potersi costituire validamente una servitù dalla cisterna, dal lago, e dallo stagno.

2. Nè giova il dire, che per lago perpetuo Paolo avesse inteso denotare quello in cui l'acqua è perpetua per effetto di una qualche scaturigine che somministra un' acqua permanente (1), come il lago Fucino, il Lemano ec., per-

(1) Questa è l'interpretazione di Giovanni Goedeo nel Comentario alla l. 112 ff. *de verb. signific.* Callistrato poi nella l. 5. ff. *de jure immunitatis* adduce per ragione *quia remuneranda visa sunt pericula navi-
culariorum*; ma se ciò anche fosse vero dovremmo sup-
porre che la regola del Giureconsulto Paolo non fosse
sempre certa, non fosse sempre costante, perchè soggetta
ad eccezioni. *

chè quando anche volesse darsi questa interpretazione si potrà conciliare Paolo con Paolo, non mai Paolo con Ulpiano, mentre il primo riconosce una causa perpetua nella servitù *foraminis*, *si quid ex coelo aqua in eo venire possit*; laddove il secondo nega la causa perpetua nella cisterna che sola acqua piovana sicuramente raccoglie.

Or sarà vero che l'acqua che cade dal cielo *et si non adsidue* offre una causa perpetua capace a stabilire la servitù come dice Paolo, o pur dovrà sostenersi, che l'acqua piovana non offre una causa perpetua come insegna Ulpiano?

E se volesse dirsi, che la cisterna non può essere oggetto di servitù, perchè *manu facta*, non osta una legge espressa, la quale riconosce la servitù *tigni immittendi* (4), che si esercita parimente colla mano dell'uomo?

3. Che se alle leggi sopracitate si voglia opporre la l. 29 ff. *de servit. urb. praed.* del Giureconsulto Pomponio, gl'imbarazzi saran sempre crescenti, poichè Pomponio in termini precisi insegna, che non possa validamente costituirsi una servitù *ex foramine*, per cui non accorda l'azione negatoria al possessore del fondo al quale reca molestia l'inunondezza del pavimento del vicino, ma l'azione *damni infecti*, che compete a colui il di cui fondo non era soggetto a servitù alcuna, secondo la opinione dello stes-

(4) La servitù *tigni immittendi* ognun sa ch'è riconosciuta dal Diritto Romano come può vedersi nel lib. 8. delle Pandette Tit. 11., eppure questa servitù consiste in un'opera *manu facta*.

so Pomponio espressa nella l. 18 ff. *de servit. urb. praed.*

Or leggi così contraddittorie, e di cui le disposizioni si distruggono l'un l'altra, potranno esse stabilir un principio certo, costante, incontrastabile, ed a servir di norma alle servitù prediali?

E perchè non confessare invece che gli antichi Giureconsulti discordanti tra loro circa il principio, se le servitù dovessero o pur no avere una causa perpetua, seguaci di sette diverse (1) vagavano per opposti sentieri; perlocchè

(1) Ognun sa che la Giurisprudenza Romana fu sempre incerta, latente, arbitraria, ausiliatrice costante del dispotismo aristocratico de' Patrizi. Ognun sa che le sette sursero non appena Roma stanca di vivere *sine certa lege, sine certo jure*, ottenne le leggi Decemvirali, poichè il potere giudiziario si è sempre esclusivamente conservato nell'ordine de' Patrizi che doveano esclusivamente spiegarne il senso essendo ad essi riserbato di conoscere qual dritto nasceva dalle leggi, quale azione ne proveniva, quale la formola da proporsi, quale la eccezione che poteva impedirla, ciocchè chiamavasi propriamente *jus civile*, composto unicamente dall'autorità de' Giurisperdenti, che consisteva nelle azioni di legge, e negli atti legittimi esclusivo patrimonio del collegio de' Pontefici, e dell'ordine Patrizio sacerdotale. Vedi l'omponio *de ortu, et origine juris*.

In fine la storia ci assicura, che sotto di Augusto le sette de' Giureconsulti, che Tacito chiama *turbidos*, *et negotiorum appetentes*, continuarono a far miserando scempio della giustizia, rendendosi i vili instrumenti del dispotismo imperiale.

Gravina *de ortu juris civilis* cap. 46. comunque pieno di entusiasmo per la romana Giurisprudenza parlando di quella che surse immediatamente dopo le leggi decemvirali, e che diede nascita a quel diritto chiamato stranamente *jus civile*, si esprime così: *antiqua*

l'Imperatore Antonino con rescritto menzionato nella l. 2. ff. *com. praed. urb. et rustic.* abolì quella regola come insulsa e sottile?

Perchè non confessare, che quella massima dettata dallo spirito di vertigine che animava le diverse sette de' Giureconsulti nel tempo della loro influenza sullo stato sociale de' Romani, non era più osservata, come lo stesso Paolo confessa nella l. 9. ff. *de servit. praed. rusticorum*?

4. Non ignoriamo, che gli adoratori del Romano Dritto han cercato di conciliare le massime manifestamente contraddittorie de' Romani Giureconsulti, e facendo l'apoteosi dell' errore si son fatte un pregio di portar ciecamente in trionfo la loro Giurisprudenza; non neghiamo che illustri Scrittori si son sforzati di convincerci, che Paolo era *juris peritissimus, et legum prudentum corifeus* (1), mentrecchè altri sostiene ch' egli era uso a pronunziare le sue sentenze o-

jurisprudentia nuncupatur quae statim post latas XII tab. leges prodit: aspera quidem illa tenebricosa, et tristis, non tam in aequitate, quam in verborum superstitione fundata.

E tutti gli storici, tra i quali Livio, Giustino, Asconio Pediano, e tutt' i Dottori ci assicurano che sotto Augusto volendo egli attirare a se tutte le molecole elementari del potere, e non distribuirne l' uso che nella perfetta dipendenza da se stesso, fuisse proteggere la classe de' Giureconsulti di cui favori lo spirito vertiginoso delle sette, rendendo sempre più incerta ed arbitraria la Giurisprudenza, e sempre più venale la giustizia. *Nam cuncta legum, et magistratuum munia* (son parole di Tacito ne' suoi annuali lib. XI.) *in se trahens Princeps, materiam praedandi patefacerat, nequicquam publicae mercis tam venale fuit quam Jurisconsultorum perfidia.*

(1) Lambridio in *vita Alexandri Severi* cap. 32.

raculis flessiloquis, et obscuris, ut interpreter egeat interprete, et sors ipsa referenda sit ad fortes (1); ma rendendo un omaggio alla verità noi non dubitiamo di asserire, che il dritto Romano fu sempre incerto, ed arbitrario dal tempo de' Re fin sotto gl' Imperatori, e perciò sempre mostruoso e deforme; che dopo pubblicate le leggi delle dodeci tavole il *jus civile* introdotto dall' autorità *de juris-prudenti* inventò le azioni di legge, e gli atti legittimi (2) di cui il primo pregio era la contraddizione, onde favorire l' aristocratico dispotismo, che la sola impostura poté lungo tempo sostenere in pregiudizio della libertà romana; che in fine nasconder le leggi, nasconder la luce civile precipitando gli uomini ne' vizî e nella corruzione fu la prima cura de' patrizî Giurisprudenti, intenti a sempre più rassodare il loro ingiusto potere mediante una giurisprudenza latente, incerta, arbitraria, ignota al popolo, e privativa del solo ordine patrizio sacerdotale (3).

(1) Giovanni Bertrand *de juris peritis* lib. 1. cap. 25. e Duareno sulla l. 32. ff. *de verb. signif.*

(2) Giustiniano nel proemio alle istituzioni parlando delle azioni di legge, e degli atti legittimi, le chiama favole ossia azioni drammatiche, *ut liceat vobis prima legum cunabula non ab antiquis fabulis discere, sed ab imperiali splendore appetere*, poichè in sostanza eran delle vere scene che si rappresentavano innanzi ai magistrati. Tali erano le azioni per *aes et libram*, le crezioni, le cessioni *in jure*, le mancipazioni, le licitazioni, le vindicazioni, ed altre simili, che rendevan comiche le procedure giudiziarie.

(3) Il dottissimo Vico *Principi della scienza nuova*, chiama l' antico dritto romano un poema serio, poichè, egli dice, l' antica giurisprudenza fingeva i fatti non fat-

In fatti alla sola interpretazione de' prudenti è dovuta la massima, che le servitù come *res mancipi* non potendosi costituir che colla mancipazione, o colla cessione in *jure*, ch'erano atti legittimi, non potevano costituirsi *nec in diem nec ex die, nec sub conditione*; e dalla sola giurisprudenza emblematica (1) traggono origi-

te, i non fatti, fatti, nati i non nati ancora, morti i viventi, i morti vivere nelle loro giacenti eredità . . . talchè le finzioni dell'antica giurisprudenza, e le formole colle quali parlavano le leggi nè più, nè meno si dissero *Carmina*.

(1) La Giurisprudenza emblematica, od curematica, come la chiama Eiuineccio, il quale scrisse un'apposita dissertazione versando gran copia di crudizione per giustificarla, surse in Roma allorchè furono scoperte le arcane formole degli atti legittimi, e delle azioni di legge da Gneo Flavio che le rese di pubblica ragione, e da Sesto Elio che le pubblicò in un libro chiamato Diritto Eliano: i Patrizii dolenti di essersi scoperti i segni mistici destinati al riconoscimento della loro casta privilegiata, sostituirono ben tosto le finzioni di legge involte forse in maggiori cifre, onde nascondere il diritto, e renderlo sempreppìù inintelligibile allo sguardo plebeo. Di ciò ne assicura Cicerone *pro Murena* cap. 11. il quale parlando di Gneo Flavio che colla pubblicazione del diritto Flaviano avea trafitti gli occhi a quelle cornacchie de' Patrizii, *cornicum oculos trafixerat*, soggiunge, che i Patrizii irati *quod sunt veriti ne dierum ratione pervulgata, et cognita, sine sua opera lege possit agi, notas quasdam composuerunt ut omnibus in rebus ipsi interesset*. Ecco la origine della giurisprudenza curematica della quale gli adoratori dell'antico diritto Romano intendono fare de'sagri libamenti alla giustizia!

Ecco il vero scopo delle finzioni di legge, ch'Eiuineccio, ed i suoi seguaci ch'amano *auream claves quibus jurisprudentia secreta aperiantur*, quasichè il segreto della giurisprudenza non tendesse a fraudar le leggi per eludere le loro prescrizioni, per estenderle abusivamente ai casi non contemplati!

ne le tante dispute, se al proprietario fosse lecito d'imporre una servitù col consenso dell'usufruttuario, se potesse costituirsi una servitù per solo oggetto di piacere, o di voluttà (1), se il padrone dominante potesse far uso della servitù oltre del bisogno, e tante altre quistioni simili, che han trascinato ad interminabili dispute i Giureconsulti, i Forensi, ed i Dottori. L. 4, 9 e 15 ff. *de servit.* l. 5 e 26 ff. *de servit. rustic. praed.* l. 15 ff. *de usufr.*

5. Ma gli atti legittimi, le azioni di legge, gli euremi ond'era ingombrata la Giurisprudenza sono essi consentanei a quella ragion civile, che dee servir di guida in tutti gli affari sociali, perlocchè giustamente Montesquieu disse che la legge altro non è che la ragione umana in quanto ch'ella governa i popoli? La massima, che le servitù non possano costituirsi *nec in diem, nec ex die, nec sub conditione*, non distrugge in vece il principio di ragione donde la servitù trae l'origine, cioè lo stato di scambievole dipendenza in forza del quale gli uomini con obbedire a quest'ordine inevitabile vi han sottomessa con se stessi le diverse porzioni di terreno di

(1) Nella l. 19 ff. *de servit.* troviam consagrato: *ei fundo quem quis vendat servitutem imponi etsi non utilis sit, posse existimo: veluti si aquam alicui ducere non expediret, nihilominus constitui ea servitus possit: quaedam enim habere possumus quam vis utilia non sint.* Questo responso è del Giureconsulto Labeone, ma non mancano degli altri responsi che insegnano perfettamente il contrario, e che intanto Triboniano inserì senza alcun discernimento nel corpo delle Pandette, ciocchè ha fatto tacciare d'imperfezione la sua compilazione.

cui si han distribuito il dominio, e l' istessa reciprocanza di obblighi, e di servizi che lega le persone tra loro, incatena eziandio le cose destinate al di loro uso in modocchè non vi sia proprietà così assoluta, che non fosse subordinata sotto qualche rapporto agl' interessi di una proprietà estranea?

Bynkersoech ben disse parlando della Giurisprudenza eurenatica, che *neque omnia, neque passim, neque ab omnibus quia de emblematis omnia agnoscere stultissimum, passim turpissimum, ab omnibus imprudentissimum*, perchè il popolo non iniziato ne' sacri misteri della giurisprudenza privativa del solo ordine patrizio sacerdotale dovea ciecamente venerare quegli arcani senza lusingarsi di poter scoprire i segni mistici destinati al riconoscimento della casta privilegiata de' Giurisperiti.

6. Ma questo diritto così incerto, così latente, così arbitrario, così tenebroso andiede man mano a modificarsi sotto l' autorità della Pretura, come ce ne attesta l' istesso Pomponio *de orig. juris*.

In fatti il *jus praetorium adjuvandi, vel supplendi, vel corrigendi juris gratia propter publicam utilitatem introductum*, secondo l' espressione dello stesso Pomponio⁽¹⁾, comunque non

(11) Pomponio *de ortu, et origine juris* ci assicura, che il *jus praetorium adjuvandi vel supplendi, vel corrigendi juris gratia propter publicam utilitatem introductum*.

Egli è vero che i Pretori sotto il pretesto di soccorrere le leggi cadenti, di supplirle difettose, di correggerle erronee, d' interpretarle oscure, si resero i despoti di Roma, e fecero scempio della giustizia, e della libertà latina in modocchè al declinar della Repubblica verso l' anno 535 di Roma, ad istigazione di Paolo Emilio, e

riconoscesse valide le servitù non costituite mediante la mancipazione, e la cessione in *jure*, pur tuttavolta garentiva quelle ch' eran stabilite con patti, e colle ultime volontà, o acquistate mediante la prescrizione §. 4. *instit. de servit.* l. ultima cod. *de praescrip. longi temporis*, l. 16 cod. *com. praed. urb. et rustic.*, e comunque non riconoscesse neanche valide le servitù mancanti della causa perpetua, pur tuttavolta *edicebat tuendum esse eum qui hoc jus possidet.*

Così noi troviam professato dallo stesso Ulpiano nella l. 9 ff. *usuf. quemad. caveat illud sciendam sive jure ipso usufructum quis habeat, sive per tuitionem Praetoris usufructum quis habeat*, ed altrove nella l. 1. ff. *quib. mod. usuf. amit.* dice, *parvi refert utrum jure sit constitutus usufructus, an vero tuitione Praetoris.*

Così ben si comprende il rescritto di Antonino nella l. 2. ff. *com. praed. urb. et rustic.* ove si consagra, *de aqua per rotam tollenda ex flumine, vel haurienda, vel si quis servitutem castello imposuerit, quidam, dubitave-*

di Cornelio Silla scandalizzato principalmente dalle depredazioni di Verre, e di altri simili a lui, cercò, ed ottenne un *Senatusconsulto* per moderare la loro smodata cupidigia: ma ne' primi tempi della creazione di tal magistratura essa compiva il nobile scopo di moderare il rigor delle leggi barbare de' tempi eroici, ed anche ne' tempi posteriori vi furono de' non pochi buoni Pretori di cui gli storici ne celebrano l'equità, l'imparzialità, ed il disinteresse nel decidere. Vedi Bouchad *memoria dell' accademia delle iscrizioni*. Tomo 72, ed Asconio l'ediano in *orat. pro Cluentio*.

runt, ne hae servitutes non essent: sed rescripto Imperatoris Antonini ad Tullianum adjicitur, licet servitus jure non valuit, si tamen hac lege comparavit, seu alio quocumque legittimo modo sibi hoc jus adquisivit, tuendum esse eum qui hoc jus possideat.

Così finalmente ben si comprende, perchè l'istesso Giureconsulto Paolo nella l. 9. ff. *de servit. praed. rustic.* disse: *licet servitus aequam rotae e flumine tollendi jure non voluerit: si tamen hac lege comparavit, seu alio quocumque legittimo modo hoc jus adquisiverit, tuendum esse eum qui hoc jus possidet*, volendo con ciò farci intendere il Giureconsulto, che sebbene per effetto della Giurisprudenza eurenatica, e del *jus civile* propriamente detto non potesse validamente costituirsi una servitù prediale mancante di causa perpetua, pur tuttavia creata la pretura *adjuvandi, supplendi, vel corrigendi juris gratia*, venivano garentiti nel possesso coloro che avevano costituito un tal diritto, perchè i Pretori da magistrati giudiziari divennero i riformatori ed i correttori delle leggi, soccorrendole cadenti, supplendole difettose, corrigendole erronee, interpretandole oscure.

Ecco come la storia filosofica del diritto disselandoci l'origine de' rapporti sociali, ci porge il filo la cui mercè si può uscire dal laberinto degli euremi che ingombravano la romana legislazione!

Ecco come la storia, che non s'invoca mai invano per illustrare le leggi, ci fa conoscere, che le sentenze di Paolo contenute ne' suoi sedici libri di diritto civile diretti a Sabino, non esprimono un diritto certo vigente ai suoi tempi,

ma un diritto incerto , ed arbitrario imperante ai primi tempi della repubblica quando visse Masurio Sabino, come rileviamo dalla leg. 2. §. 47. ff. *de erig. juris* ; che la sentenza di Pomponio racchiusa nel 31.° libro diretto a Quinto Muzio Scevola non tende che ad esprimere la misteriosa giurisprudenza imperante nell'anno 660 circa, quando Muzio Scevola visse essendo egli perito pochi anni dopo, ucciso per man di Fimbria in occasione del tumulto suscitato da Mario, come ci attesta Cicerone *de orat.* lib. 3. cap. 3 ; che in fine Ulpiano nella leg. 1.ª ff. *de fonte*, non volle altro indicare , che la opinione della setta de' Sabiniani a cui apparteneva, senza punto stabilire un diritto certo, e senza punto combattere la massima opposta stabilita da' Proculiani il dicui seguace Nesario nella leg. 2.ª §. ult. ff. *de servit. praed. rustic.* lasciò scritto: *Si aquaeductus vel haestus aquae sufficiens est* (senza richiedere la causa perpetua) *potest et pluribus per eundem locum concedi ut iisdem diebus, et horis ducatur.*

7. Fin qui si è dimostrato col soccorso della storia filosofica del diritto , che non appena la giurisprudenza romana si è spogliata da' caratteri d'irregolarità , d'incertezza , e di arbitrario che la distinguevano prima e dopo delle leggi decemvirali, e che la dominarono per circa quattro secoli, non appena la ragione popolare andò acquistando qualche diritto sull'aristocrazia, il Diritto Pretorio sotto il pretesto di mitigare *rigorem juris* non più pretese la causa perpetua nelle servitù prediali. Ma poichè s'invoca l'autorità di una lunga schiera d'interpreti , e di dottori per conciliare le inconciliabili opinioni de' diversi giu-

reconsulti di opposte sette, sia anche a noi lecito di scendere nell'arena, e combattere colle stesse armi che il nostro contraddittore imbrandisce, per sostenere il suo illegale assunto. E pria di tutto, che s' intende egli mai per causa perpetua? Se si consulta la ragione, ch' esser dee la guida unica e sola di ogni buona legge, non sarà difficile il convincerci, che per causa di servitù s' intende il suo oggetto, ch' è quello di creare un diritto inerente ad un fondo per suo utile, e che diminuisce il diritto e la libertà di un altro fondo. Se si consulerà la ragione essa ci addita che l' utile del fondo potendo essere temporaneo, e perpetuo, non vi è ragione per cui non si possa costituire una servitù *in diem, ex die, sub conditione, et ad tempus*; che siccome coi patti, colle convenzioni, colla prescrizione, cogli atti tra vivi, e di ultima volontà si acquistano i beni, così non vi è ragione per cui non dovessero colli stessi mezzi acquistarsi le servitù prediali; che siccome infine è degradante per la umanità, che l' uomo presti servizi personali all' uomo, così sia ragionevole, che le servitù personali trovar non dovessero un posto in un Codice di buone leggi, che siegue i dettami di quella ragion naturale, ch' è la misura vivente di ogni giustizia, e di ogni equità.

Ma son questi i principî seguiti dagl' interpreti, e da' dottori?

ESAMINIAMOLO

8. Francesco Duareno nel comentare la leg. 28. ff. *de servit: praed: urb:* Cujacio *observ.* lib. 11. cap. 3.^o, Fachinco *contro: jur.* lib.

8. cap. 22. insegnano, che la servitù allora ha la causa perpetua, quando la cosa in cui ella consiste sia in tal modo disposta, che possa prestarsi sempre agli usi del padrone dominante, *si res ipsae in quibus consistit servitus, ita sint comparatae, ut quoties collibitum est huius uti liceat.*

Ugon Donello nel suo *commentarium juris* ib. 11. cap. 3. insegna, che la servitù può aver la causa perpetua: 1.° Se il suo uso dipende da una causa naturale, e perpetua, come nell'acquedotto sull'acqua viva e perenne: 2.° Se il suo uso comunque non continuo e perpetuo, pur tuttavia trae origine da una causa naturale, come la servitù *stillicidii, et fluminis immittendi*: 3.° Finalmente se la cosa fosse fatta dalla mano dell'uomo, ma il fondo fosse in tal modo disposto da prestarsi sempre all'esercizio della servitù.

Gerardo Noodt siegue egli pure la opinione di Donello nel suo comentario alle Pandette pag. 222, ma egli confessa con tutta ingenuità, che la necessità della causa perpetua era sostenuta solamente da coloro ch'erano attaccati alla sottigliezza del diritto *placuit subtili jure: eo quod illa aqua non venit naturaliter, sed operae manu facto, quod opus non est perpetuum.* L'istesso Noodt però cita in seguito il rescritto dell'Imperatore Antonino, che risolve ogni quistione.

Ulrico Ubero nelle sue prelezioni al digesto lib. 8. tit. 4. §. 6. insegna, che la causa perpetua delle servitù consiste in ciò, che la condizione del fondo serviente debba esser tale da potersi prestar sempre all'uso della servitù, e

che non vi sia necessaria la mano dell' uomo per poterlo procurare: *servitus omnis* (son sue parole) *debet habere causam perpetuam, hoc modo, ut loci servientis conditio semper idonea sit ad usum servitutis, nec ad illum procurandum manu sit opus. Quominus hii, quibus competit servitus manus, pedesve moveant, ad eam exercitandam nihil vetat, et necessarium est.* Lo stesso autore riportando poi l' opinione di Accursio nella glosa sulla l. 28. ff. *de servit. praed. urb.* conchiude, che la l. 1. ff. *de fonte* riguarda la costituzion della servitù *hauriendi aquam* dalla cisterna come luogo inserviente, che non essendo sempre idoneo all' uopo, manca della causa perpetua, ma soggiunge, *si quis autem jus aquam derivandi in cisternam, in foramen constituere velit, jam nihil obstat quod non semper aqua in eum cadat; cum potentia, et aptitudo semper adsit aquabilis, idque ad perpetuitatem causae sufficit,* volendo con ciò dimostrare, che considerando il diritto di attingere l' acqua dalla cisterna per l' uso del padrone a cui serve, la servitù può ben costituirsi.

Schiltero in un' apposita dissertazione *aeser. citatio* 18 §. 13 stabilisce la seguente regola: *si quando ad comparandum objectum servitutis quoties ea uti volumus, manu operaque hominis opus est; causa servitutis non est perpetua. Quoties vero illud servitutis objectum a natura est, toties ipsa servitus causam perpetuam habere intelligitur.*

Il Cepolla nel suo trattato *de servit. cap.* 28 confonde la causa perpetua delle servitù, colla continuità delle medesime, e sostiene, che le

sole servitù discontinue mancano della causa perpetua.

Einneccio *opera omnia* tom. 3. pag. 179 a 221 sostiene: che per causa della servitù debba intendersi la sua qualità, la sua condizione, la quale fa sì, che il possessore del predio dominante possa sempre ritrarre quel vantaggio pel cui oggetto la servitù fu costituita dal predio serviente. Quindi, secondo lui, per causa della servitù s' intende la qualità della cosa serviente, e per perpetuo s' intende l' istesso che *diuturnum, ac tamdiu duraturum quoad durent praedia*; in modocchè dir che la servitù debba avere una causa perpetua è lo stesso ch' esprimere, che il fondo serviente debba sempre, finchè esiste, prestare il comodo, e sopportar l' incomodo del padrone del fondo dominante.

In fine, per tacer di tanti altri, il Vinnio nelle istituzioni tit. 3. dice, che per causa intendevasi *utilitas praed. vel personae*, e per perpetua intendevasi *quod ex naturali causa oritur etsi non fit adsidue*. Nel cap. 3. poi num. 5. parlando della servitù *stillicidii, et fluminis vertendi, vel non avertendi*, dice: *aliis servitus stillicidii, aut fluminis non avertendi est, quia vicinus avertere cogitur stillicidium, aut flumen aedium suarum in aream vicini, ut aqua in cisternam ejus recipiatur, vel hortum irriget: qua constituta, agi possit cum domino aedium servientium, jus ei non esse stillicidii avertere, atque ut tegulas, canalesque, aut tabulas per quas aqua labitur, suis expensis reficiat*, ed egli cita in sostegno della sua opinione Cepolla nel cap. 28. e seguenti *de servit.*

9. Or in mezzo a tante opinioni di Dottori non meno contraddittorie, che le sentenze di Paolo, Ulpiano e Pomponio ch'essi si sforzano di conciliare, a chi darem noi la preferenza sicuri di non cadere in errore? E quale abbracceremo senza il pericolo di abbracciare *nubem pro Junone*?

Tempo già fu quando l'Europa incantata dalla grandezza del Romano impero estendendo la contagiosa ammirazione sulle false glorie di quel popolo, si fece un pregio di portar ciecamente in trionfo la Giurisprudenza de' Romani Giureconsulti facendo l'Apoteosi dei loro errori, com'essi già la fecero de' loro tiranni.

Tempo già fu quando gli esempi rapportati dagl' Interpreti, e da' Dottori, i detti loro discordanti, i loro principii contraddittorii passarono in massime, ed in assiomi da imporne ai Giudici schiavi di una autorità, ch'essi nè comprendevano, nè si sforzavano di mettere in disame!

Ma questi tempi già scorsero, e noi non temiam di ripetere col celebre Tommasio, che la massima tanto celebrata della causa perpetua nella servitù è unicamente dovuta alla ignoranza di Triboniano il quale senza alcuno accorgimento la inserì tra i centoni delle pandette per crucio degl'interpreti, e per fatalità sempre infesta alla Giurisprudenza (1).

10. In vero la perpetuità non è qualità essenziale delle servitù, poichè essendo queste non altro, che de' gravami e de' smembramenti della

(1) *Dissertat. 15. de servit. stillicidii §. 26. Igitur (son parole di Tommasio) ut dicam quod sentio dis-*

proprietà fondiaria, non posson dirsi in perpetuo attaccate alle proprietà istesse, potendo i fondi in più modi tornare allo stato primiero di libertà per servire esclusivamente ai loro padroni.

Molto meno può dirsi, che la perpetuità riposa sulla cagion della servitù, e consiste in *potentia potius quam in actu*, come insegnano il Cujacio, e l'Emneccio, perchè se ciò fosse le servitù ristrette a certi tempi, ed a certe ore ne' momenti di divieto, avrebbero la potenza senza l'atto, ciocchè rende assurdo il carattere di perpetuità che vuolsi loro attribuire.

Non si niega, che tutt' i diritti, e le obbligazioni aver deggiono una causa certa e costante mancando la quale quelle cessano, e si estinguono del pari, ma la cagion certa, e costante consiste nell' utile di colui al favor del quale il diritto si è costituito, e che non potrà mai dirsi perpetuo, perchè mille cagioni posson fare svanire l' utilità che costituiva la causa, e quindi render nullo l' effetto cioè la servitù, o la obbligazione cui era tenuto il padrone del fondo serviente.

Son questi i principii che ci addita la ragione guida di ogni buona legge, e la di cui voce parlando a tutti gli uomini lo stesso linguaggio, si fè tosto sentire non appena cessò l'

senserunt antiqui Jureconsulti inter se circa regulam, an servitutes debeant habere causam perpetuam. Quibusdam qui nimium, ac fere metaphisicam subtilitatem sectabantur id adfirmantibus, aliis vero, et plerisque id negantibus. Hunc dissensum Tribonianus Centonibus pandectarum inseruit, et ita eruent interpretibus fixit.

impero dell' aristocratico dispotismo de' Patrizii inventori del *jus civile*, per cui i Pretori considerando come una favola drammatica il principio della causa perpetua nelle servitù, non più ne riconobbero la necessità, come ci attesta l'istesso Giureconsulto Paolo nella l. 9. ff. *de servit.* ed Antonino la prescrisse colla l. 2. *cod. com. praed.*

Il dotto Pothier, al di cui studio profondo dobbiamo la collezione in uno stesso titolo di tutte le leggi che vi han rapporto, analizzando il rescritto dell' Imperatore Antonino dice: *omnes servitutes praediorum perpetuas causas habere debent, et ideo neque ex lacu, neque ex stagno concedi aquaeductus potest.* l. 28. ff. *de servit. urban. praed.*

Igitur servitus aquae ducendae vel hauriendae, nisi ex capite vel ex fonte constitui non potest. L. 9. ff. *de servit. praed. rustic.*

Nota: *Hodie tamen, scilicet ex rescripto Antonini quod supra retulimus numero 8 ex quocumque loco constitui solet. Hoc non solum in servitutibus praediorum rusticorum obtinet, sed et in urbanorum;* ed altrove parlando della servitù stillicidii non avertendi, insegna: *est et servitus stillicidii non avertendi quae vicinus, cui utile esse potest aquas ex tecto vicini in suam aream excipere (puta, ut ipsius cisterna impleatur) jus habet prohibendi ne eas alio avertat;* ed a questa classica autorità rapportandoci ci crediam dispensati da ogni ulteriore esame per poter concludere senza esitazione, che la servitù di attignere acqua da una cisterna poteasi costituire sotto l' impero delle leggi latine, come la si può ben costituire sotto l' impero delle leggi vigenti.

11. Non è poi vero che il Difensore di D. Giuseppe, e D.^a Teresa Amantea avesse mai asserito, che *castellum* significa cisterna. Egli ha invece sostenuto cogli atti di difesa, ed or sostiene innanzi al vostro cospetto che *castellum* è un ricettacolo di acqua corrente nel fiume raccolta per mezzo di acquedotti fatti dalla mano dell' uomo, siccome la cisterna è un ricettacolo di acque piovane raccolte da' tetti per mezzo di tubi parimenti fatti dalla mano dell' uomo.

Siccome però l' Imperatore Antonino colla l. 2. ff. *com. praed.* parlando della servitù *castello imposita vel aquae per rotam tollendae ex flumine*, ha deciso potersi validamente costituire, *hodie tamen ex quacumque loco constitui solet*, così egli, il Difensore di D.^a Teresa e D. Giuseppe Amantea, ha creduto doversi dire lo stesso della cisterna perchè siccome in questa mancava la perpetuità della causa richiesta dal rigore dell' antico diritto civile per cagion della siccità, così mancava del pari nella servitù del castello, e della ruota, potendo rompersi l' acquedotto, o la macchina idraulica, la cui mercè elevandosi dal livello del fiume serviva di serbatoio al castello, o impiegavasi per mezzo della ruota alla irrigazione.

12. Combattuto dalla forza di questi argomenti il dotto Difensore di D. Giovanni, e D. Nilo Amantea ricorre ad un' altra ingegnosa risorsa sostenendo, che la servitù in disame è puramente personale, invocando in suo favore la l. 37 ff. *de servit. praed. rust.*, ma è dessa applicabile alla specie in esame la legge citata? Quella legge contempla un semplice diritto di uso, che un tal Lucio accordò al fratello Sejo di ser-

virsi dell' acqua di un fondo , e di tali servitù se ne trovano infiniti esempî nel corpo del Roman diritto, che le annoverava tra le servitù personali (1); ma nella specie Candido Amantea col testamento del 1791 dispose, che non solo Ottavio e Giovanni suoi nipoti, ma eziandio i posterî in *futurum* servir si dovessero dell' acqua della cisterna che ha suscitato tante dispute tra i loro eredi ed aventi causa. Or come negare, che questa servitù non sia assolutamente reale e rustica, mentre tale la dichiara in termini pre-

(1) Si sa che le servitù altre sono reali, quali sono quasi tutte le servitù urbane, e tra le rustiche le servitù *itineris, actus, via*, ed altre personali concesse esclusivamente alla persona; ma non vi è altresì dubbio che una istessa servitù concessa alla persona, senz' alcun riguardo al predio, dicevasi personale, mentrecchè era reale avuto riguardo al fondo, come chiaramente rileviamo dal §. ult. l. 14. ff. *de alimentis, et cibariis legatis*. Così l' uso dell' acqua mentrecchè è una servitù reale, giusta la l. 1. ff. *de servit. praed. rustic.* diventa personale allorchè è concessa alla persona l. 21. ff. *de usu, et habit.* Così il diritto della selva cedua si annovera tra le servitù personali dalla l. 22. ff. *de usu, et habit.*, mentrecchè quando il legname serve alla costruzione del fondo vicino non si dubita di essere una servitù prediale. Così il Giureconsulto Papiniano nella l. 4. ff. *de servit. praed. rusticorum* parlando del Diritto di pascolo, e di altre simili servitù dice: *pecoris pascendi servitus ire ad aquam adpellendi si eredi fructus maxime in pecore consistat, praedii magis quam personae videtur. Si tamen testator personam demonstravit, cui servitutem praestare voluit, emptori vel haeredi non eadem praestabitur servitus.*

Or se nella specie D. Candido Amantea ordinò che non solo i suoi nipoti, ma tutti i loro posterî in *perpetuum* attinger potessero l' acqua dalla cisterna, come si potrà sostenere che la servitù in disame fosse puramente personale?

cisi la legge 1. ff. *de servit. praed. rustic.* ?

13. Infine i Signori D. Giuseppe, e D. Teresa Amantea non hanno invocato l'art. 614 ll. cc. per garentire una servitù costituita sotto l'impero delle leggi Romane, ma essi han sostenuto, e sostengono che ambe le legislazioni di accordo garentiscono il loro diritto di attignere acqua dalla cisterna per volontà del fu D. Candido Amantea da cui han causa.

In fatti D. Candido era padrone assoluto della cisterna che divise fra i nipoti ai quali accordò un diritto di condominio piuttosto che un diritto di servitù; D. Candido trasmise loro per successione la comunione positiva sulla cisterna di cui andava a disporre, esercitando della pienezza dei diritti che l'accordava la patria potestà, e de' privilegi, che le leggi prodigarono ai padri di famiglia; D. Candido in fine conoscendo che la cisterna non era divisibile non potendosi prestar divisa all'uso di ambi i nipoti, e loro aventi causa, decise ch'entrambi, ed i loro posterì in *perpetuum* servir si dovessero un anno per cadauno ad attignere acqua. Or si sa che in tal caso considerandosi la cisterna come comune ai due condomini, e loro aventi causa, non è divisibile per le chiare disposizioni contenute nella l. 19 ff. *com. divid.* ch'è del Giureconsulto Paolo, ed è incontrastabile altresì, che ove il diritto di attignere acqua volesse considerarsi come una servitù imposta dal padre di famiglia, dev'essere rispettata del pari, poichè il diritto Romano accordava al padre di famiglia il diritto illimitato d'imporre qualunque servitù, come risulta da' titoli *de contrahenda emptione, et de servitutibus*; mentrecchè le nostre leggi

restringon tal facoltà alle sole servitù continue, ed apparenti.

In siffatto modo, *l'elemento istorico* ci ha fatto conoscere come surse la massima della causa perpetua richiesta nelle servitù prediali, come siasi in seguito modificata, ed in fine interamente distrutta, mentrecchè *l'elemento filosofico* ci ha disvelate le cagioni da cui trasse origine il diritto incerto, latente, arbitrario, che per tanti secoli ha fatto scempio della libertà latina.

Così finalmente seguendo i precetti del gran Leibnitz dopo aver esposto il testo delle leggi su cui fonda la contraria opinione, dopo aver percorsa la storia de' diversi cangiamienti cui tali leggi andaron soggette fino alla novella riforma legislativa, dopo aver in fine consultato gl' interpreti, ed i dottori che la comentarono, possiam giustamente conchiudere, che *l'elemento istorico* concorre coll' *elemento filosofico* a convincerci, che la massima della perpetuità della causa richiesta dal rigor dell' antico diritto nelle servitù prediali, bandita dalla media, e nuova Giurisprudenza, racchiude un mostruoso assurdo che insulta la ragione, e che dev' essere perciò rigettato dalla saviezza del magistrato.

14. Ma le nuove leggi richieggon desse la perpetuità nelle servitù siano legali, siano naturali, siano contenzionali?

Noi crediamo che tal voce sia stata affatto bandita dal Codice Civile Francese e dalle Leggi patric in vigore, poichè la perpetuità non è causa essenziale delle servitù le quali altro non sono che gravami, e smembramenti della proprietà fondiaria. Se le servitù si estinguono per uno de' modi voluti dagli art. 624, 625 e seguenti

leggi civili, ed i fondi ritornano allo stato primiero di libertà per servire esclusivamente ai loro padroni, è chiaro che l'adiettivo sostanziale di perpetuità è assolutamente erroneo.

Niun dubbio che tutt' i diritti e le obbligazioni debbono avere una cagione certa e costante, mancando la quale i diritti cessano, e le obbligazioni si estinguono: ma la cagion certa e costante non potrebbe dirsi perpetua senza violar le regole della grammatica filosofica che dee servir di unica guida agl' interpreti, ed ai dottori. Vedi *De Augustinis* trattato delle servitù tom. 1. art. 7. pag. 43 a 45.

Altronde un pozzo, una cisterna costruita dal proprietario dell' edificio per comodo de' diversi appartamenti che compongono l' edificio stesso non è una servitù poichè *res sua nemini servit*, ma è una nuova opera incorporata all' edificio di cui fa parte, ed a' di cui usi è addetta a prestarsi. E quando alla morte del proprietario i suoi diversi eredi si han divisi i differenti appartamenti dell' edificio, il pozzo o la cisterna che serve agli usi de' differenti eredi lor serve per ragione di condominio non per ragione di servitù: ed è marcabile che per una eccezione alla regola generale stabilita dall' art. 815 cod. Francese, 734 ll. cc., niuno de' comproprietari può provocarne la divisione, perchè dessa renderebbe il pozzo, o la cisterna inservibile all' uso a cui era stata destinata, come insegnava Brunemanno sulla l. 19 ff. *com. divid.*, e come giudiziosamente osserva il Toullier tom. 3. tit. 4. num. 469 e seguenti.

Or non è questa la specie offerta nella causa in esame?

Noi crediamo che non possa dubitarsene, e quindi se la cisterna è una proprietà indivisibile tra i coeredi del fu D. Candido Amantea potendo ciascuno di essi disporre de' loro diritti corporali od incorporarli, dividui od individui sulla eredità istessa, il coerede D. Ottavio. Ha potuto giustamente trasmettere al Signor D. Giuseppe Amantea acquirente del quarto loro spettato in divisione il diritto di servirsi della cisterna su della quale rappresenta un condominio incapace di divisione, che i Signori D. Giovanni, e D. Nilo Amantea comproprietarij, ingiustamente contendono.

QUISTIONE 12.

SE ALL' EREDITA' DI TIZIO, MORTO SENZA PROLE E SENZA ASCENDENTI, CONCORRONO DISCENDENTI DA UN FRATELLO E DA DUE SORELLE PREDEFUNTI, I QUALI SI TROVANO IN GRADI INEGUALI FRA LORO; LA EREDITA' DOVRA' DIVIDERSI IN ISTIRPI, RAPPRESENTANDO E I PIU' PROSSIMI E I PIU' REMOTI; OVVERO, I PIU' PROSSIMI SUCCEDERANNO PER DIRITTO PROPRIO ED IN CAPI, ED I PIU' REMOTI RISALIRANNO ALLO STESSO GRADO PER RAPPRESENTAZIONE DI COLORO, CHE SE FOSSERO IN VITA SI RINVERREBBERO CO' PRIMI IN GRADO EGUALE?

Questa quistione, non è guari tempo, si agitó con sommo calore presso i Tribunali di Napoli nella causa di Cesare Volpicelli, ed è divenuta celebre non tanto per le difficoltà che presenta, le quali, a nostro modo di vedere, non s'incontrano nella legge, quanto per la somma maestria, onde venne da' contrarî avvocati sostenuta e per la differenza delle opinioni emesse da' giudici. E però noi crediamo esser pregio dell'opera e di non poco vantaggio alla gioventù

il far qui un breve riassunto degli argomenti che sostengono l'una e l'altra opinione, riserbando ci di dare in ultimo il nostro qualunque siasi av viso.

Pertanto i sostenitori della divisione per capi ragionavano ad un di presso nel seguente modo.

L'ambiguità nella proposta quistione nasce dall'esser noi accostumati a legger in due Codici, cioè, in quello ch'è propriamente nostro, e nel Francese, che ci piace riguardare come suo originale. Se l'eredità di Tizio si fosse aperta sotto l'impero delle leggi Francesi, non v'ha dubbio alcuno che essendo ivi ammessa la rappresentazione all'infinito nella linea trasversale tanto ne' gradi eguali, che negl'inequali, l'eredità avrebbe dovuto dividersi in tre porzioni, quanti erano i fratelli del defunto. Ma sarà a noi permesso di argomentare da quel Codice in quella parte appunto, ove le nostre leggi si sono da esso discostate? Le leggi debbonsi riputare come un parto spontaneo della somma potestà che le ha dettate, qualunque sia la fonte da cui le abbia attinte, o l'esempio che abbia voluto seguire; e tranne il caso in cui lo stesso legislatore abbia permesso ricorrere ad altre in supplimento delle proprie, sarebbe un diminuire la sua autorità, e fare ingiuria alla sua sapienza, dichiarandola figlia delle altrui concezioni.

A dileguare pertanto ogni ambiguità fa mestieri determinare il vero significato legale della voce *rappresentazione*, onde scorgere fin dove si estendeva questo beneficio secondo il Cod. Fran., fin dove si estende sotto l'impero delle leggi viglianti.

La parola *rappresentare* non fu adoperata nè da Giustiniano, nè da altro più antico giureconsulto, ma fu inventata nelle scuole per comodità del linguaggio legale, e venne sostituita all' espressione *succedere in stirpes*. Or prendiamo da Giustiniano medesimo la definizione di questi vocaboli. Nelle istituzioni, parlandosi di questo modo di succedere, è detto: *aequum esse videtur, nepotes neptesve in patris locum succedere* (1). Vinnio nella sposizione del citato paragrafo spiega praticamente il significato di tal successione, anche in contrapposto di quella in capi: *Capita sunt personae unius aut plurium stirpium. Stirpes sunt generis origines, veluti filius est stirps nepotum, nepos stirpes pronepotum. In capita toties succeditur, quoties personae succedentium proprio jure, et ex sua persona veniunt: in stirpes, cum veniunt jure repraesentationis, id est ex persona ejus in cujus jus et locum successerunt* (2). Prima di Giustiniano, aveano gli altri giureconsulti Romani dato la medesima definizione del *succedere in stirpe*. Ulpiano avea detto, *nepos filii loco succedit* (3); e Modestino *nepotes filii locum suppleant* (4). Quando Giustiniano volle determinare gli effetti di questo modo di succedere spiegò che il nipote dovesse prender tanto dell' eredità, quanto avrebbe preso il padre suo, se fosse in vita. *Tantum de*

(1) *Instit. de hæred. quæ ab intest. defer. §. 6. cum filius.*

(2) Vinnio *Instit. lib. III. tit. 1. ad §. 6.*

(3) *Leg. 7. de his, qui sui vel alien. juris.*

(4) *Leg. 2. §. 7. de excusat.*

haereditate morientis accipiat, quantum ejus parens si viveret habuisset (1).

Che la stirpe poi sia quella del proprio genitore e non de' rimoti ascendenti, rilevasi non solamente dall' autorità degli antichi, ma anche dalla testimonianza del nostro Presidente de Franciis, il quale comunque esaminasse una quistione nata sotto l' impero delle consuetudini napoletane, val quanto dire in un caso di successione lineale, pur tuttavolta avvertì: *verbum in stirpes declaratur per Imperatorem in § cum filius, Instit. de haered. quae ab intest. defer. Consuetudo etiam praedicta deferens successionem in stirpem filiis fratrum, INTEL- LIGATUR DE STIRPE EJUS QUI SUCCEDERET, SI NON ESSET MORTUUS, NON AUTEM DE STIRPE, UNDE DEFUNCTUS DESCENDIT* (2). Fin qui del significato romano, o latino nel foro.

Passando ora all' antico dritto della Francia, le parole *stirpe e rappresentare* ebbero quivi il medesimo significato che nel romano. Pothier dice che la rappresentazione avvicina il nipote al padre, per farlo sottentrare nel di lui posto, per modo non per tanto che il rappresentante non abbia mai più di quel che avrebbe avuto il rappresentato (3). E venendo al nuovo, Merlin definisce la rappresentazione » come » la surrogazione legale di un uomo vivente ad « un uomo morto, o come il dritto per lo quale » il figlio prende il posto del padre defunto, e

(1) Nov. 118. cap. 1.

(2) Decis. 149. n. 3.

(3) Pothier *Traité sur les successions* §. III de l'effet de la représ.

» ne esercita i diritti » (1). Gli stessi espositori del nuovo Codice Civile avendo voluto dare l'idea e la definizione della rappresentazione dissero: » è giusto di dare a' figli, mercè di una » finzione favorevole, il dritto di rappresentare il » padre loro, e di prendere la sua porzione nella » successione, come se egli vivesse ancora (2).

Or dunque se questo è il vero e proprio significato del vocabolo *rappresentazione*, perchè questa si estenda al di là de' suoi naturali effetti fa mestieri di una espressa e particolar disposizione di legge, che le accordi siffatta estensione. Allora è, che la rappresentazione abbatte il grado; allora è, che dove l'una si mostra, l'altro tace; quando no, essa rientra ne' limiti del suo natural significato. Così Giustiniano per estendere la rappresentazione all'infinito nella linea retta, ebbe bisogno di ordinare: *in hoc ordine gradum quaeri nolumus, sed cum filiis et filiabus ex praemortuo filio aut filia nepotes vocari sancimus* (3). Senza questa particolare disposizione, la voce *successione in stirpe* che, come si è notato, è omonoma a *rappresentare*, non avrebbe detto altra cosa se non quella espressa nel principio del cap. 1. della novella, cioè, che il nipote *tantum de haereditate morientis accipiat, quantum ejus parens si viveret, habuisset*. Così pure avveniva nel sistema delle nostre consuetudini napolitane, le quali ad oggetto di conservare i beni nelle famiglie dond'eranó usciti ammisero la rappresen-

(1) Répertoire §. représent.

(2) Treilhard discorso n. 52. all'art. 740.

(3) Nov. 118. cap. 1.

tazione all' infinito nella linea trasversale a favor de' figli e discendenti da fratelli sì germani, che cugini, ove concorressero con un germano del defunto.

Dichiarato così il vero e proprio significato della voce *rappresentazione*, facciamoci ora a dissaminare qual fu il principio regolatore della successione secondo il Codice Francese, per iscorger poscia i cangiamenti portati dalle leggi vigenti.

In Francia prima della rivoluzione vario era ed estremamente disforme l'ordine della successione collaterale. Ove si succedeva per gradi, ove per linee, ove per rappresentazione, ove senza, ed ove finalmente con rappresentazione ora conforme alla novella 118, ora di quella più estesa. In tanta difformità che regnava non solo nella rappresentazione collaterale, ma anche nella diretta, si sentì il bisogno dell'uniformità, ed il primo frutto di tal bisogno furono le leggi del 13 Aprile 1791 e del 17 ueroso dell'anno 2.^o Colla prima fu data la rappresentazione all' infinito nella linea retta; colla seconda la stessa rappresentazione fu applicata alla linea trasversale. Quando si cominciarono i lavori e le discussioni del nuovo Codice Civile, si osservò che la Francia aveva amato sempre le successioni per linee, il che nasceva non solamente dalla regola *paterna paternis*, che quivi era generalmente seguita, ma anche dalla multiplice differenza de' beni, a ciascuna specie de' quali corrispondeva una legge o una particolare usanza di succedere. Il primo scopo della nuova legge fu l'uguagliare i beni ed il formarne un patrimonio unico ed omogeneo, che dalle mani del defunto passar dovesse agli eredi. Ma la regola

paterna paternis fu conservata, sì che la successione per linee fu preferita a quella per gradi. Si volle non pertanto estinguere le tracce dell'origine de' beni ed evitare che si andasse ricercando la loro provenienza, sì che cercossi in una specie di transazione il mezzo onde questo temperamento potesse stare insieme col principio *paterna paternis*. E però immaginosi di partire in due metà qualunque eredità devoluta agli ascendenti o a' collaterali. Cotesto sistema seco trasse la conseguenza che i fratelli di un lato solo formassero linee distinte da' germani; e che i beni correr dovessero per ciascuna linea, senza passare all'altra, se non quando fossero affatto mancanti gli ascendenti ed i collaterali di quella che si estingueva. Adunque il favor della linea fu il primo regolatore de' due ordini di successione, degli ascendenti cioè e de' collaterali. La prossimità del grado sottentrava soltanto o per la distribuzione de' beni in ciascuna linea, o per lo di loro passaggio da una in un'altra. Conseguenza di questi principj era, che la rappresentazione correr dovesse per tutt' i gradi e perpetuamente, siccome era stata presso di noi per le consuetudini napolitane, e che gl' individui di ciascuna linea non dovessero avere grado proprio, ma sì bene confondere il proprio in quello del capo della linea da cui discendono. Imperciocchè quando la prossimità del grado ha fatto venire i beni in una famiglia, l'uguaglianza e la reciprocanza del dritto esige che si trasmettano per quel mezzo stesso per lo quale si sono acquistati; laddove quando ci sono entrati per lo favor della discendenza, è necessario che vi restino per l'intera durata di quella. Cia-

scun discendente, atteso il titolo della provenienza ha un dritto uguale agli altri della stessa linea: la disparità del grado non costituisce differenza di dritto, ma di semplice preeminenza. Quindi fu non solo coerente, ma necessaria la disposizione dell'art. 742 dello stesso Codice, il quale ammise la rappresentazione nella linea trasversale all'infinito sì ne' gradi eguali, che negli ineguali. Quindi ne venne ancora, che essendo una la regola comune a tutt' i modi della rappresentazione, a tutti gli ordini di succedere doveva applicarsi la disposizione dell'art.° 743. Cod. Fran. il quale dice: » in tutt' i casi nei » quali la rappresentazione è ammessa, la divisione si fa per stirpi. Se uno stesso stipite » ha prodotto più rami, la suddivisione si fa » anche per stirpe in ciascun ramo, e tra i » membri del medesimo ramo la divisione si fa » per capi. »

Questi principî introdotti presso noi sotto l'occupazione militare mal si confacevano a' nostri costumi ed alle nostré abitudini, ed una legge transitoria del 26 Gennaio 1816 annunziò il pensiero che il Sovrano volgea nell'animo di rettificarli; al che si adempì colle nuove leggi emanate nel 1819. E nel vero, il Codice francese stabiliva due principî regolatori delle successioni: la preferenza delle linee insino a che linee esistano: la prossimità del grado, allorchè cessi l'esistenza e per conseguente il favor delle linee. Per l'opposito il nostro legislatore caccia via la prima e ritiene la seconda, e però toglie gli art. 733 e 734 del Cod. Fran. parla della linea come di una serie di gradi e come mezzo da distinguere i diversi ordini di successione: dichiara

ra volerla riguardare soltanto ne' casi espressi (art.° 655 LL. CC.), i quali formano casi di eccezione, come da qui a poco sarà meglio dichiarato. Intanto si dee ritener come certo, che de' due principî regolatori della succession Francese, tolto il primo, resta solamente il secondo, cioè, la prossimità del grado.

Coerenti alla riforma del principio cardinale le stesse leggi mutano l' art.° 746 delle francesi; ed alla successione per linee, ivi stabilita in favor degli ascendenti paterni e materni, surrogano la successione del padre, della madre, ed in loro difetto degli altri ascendenti, secondo la prossimità del grado (art. 668 e 669 LL. CC.). Per la stessa ragione, passando all' ordine de' collaterali scompongono l' intero titolo del Codice, ed a' sei articoli che lo formavano, sostituiscono i due di novello conio, che leggonsi nel titolo della successione de' collaterali (art. 672 e 673 LL. CC.). Quindi non più partizione in due metà: quindi non più esclusione de' parenti di una linea insino a che esistessero quelli dell' altra, a cui appartenevano i beni.

Ma quali sono i casi espressi, ne' quali le nostre leggi dicono di voler contemplare le linee? Non ve n' ha che un solo nelle successioni regolari, quello cioè de' discendenti. In quest' ordine i discendenti, sciolti dalla regola della prossimità del grado, succedono al primo loro autore con perfetta parità di dritto. E per una conseguenza di tal' eccezione dopo la definizione della rappresentazione data nell' art.° 660, il seguente art.° 661 stabilì la rappresentazione all' infinito tra i discendenti, tanto ne' gradi eguali, che negl' ineguali. Sin qua le nostre leggi es-

sendo colle francesi uniformi, dovevano per necessità ammetterne le disposizioni, le quali erano proprie di quell'ordine di successione.

Ma per l'opposto passando all'ordine dei collaterali, poichè aveano sbandito il favor della linea ed ammesso il principio della prossimità del grado, dovevano per necessità di ragione temperare a questa forma la rappresentazione. Laonde coll'art.^o 663 ammisero la rappresentazione in favor de' figli e discendenti da fratelli soltanto ne' gradi ineguali, e col seguente art.^o disposero che quando essi fossero in gradi eguali si succedesse per capi e senza rappresentazione. Son questi gli art.ⁱ ne' quali è riposta la controversia.

Ora che abbiain veduto in che le nostre leggi differiscano dalle francesi, interpretiamole in doppio modo, cioè, letteralmente e come giacciono nel proprio testo, e paragonandole colle disposizioni del Codice abolito. Vedremo che ambe le interpretazioni cospirano a dimostrare la stessa verità.

1. Per estender nella linea retta la rappresentazione oltre i suoi naturali effetti, il legislatore ha creduto necessario, dopo averla definita nell'art. 660, di soggiungere nell'art. 661 ch'ella ha luogo tra discendenti all'infinito, che si trovano in grado eguale o ineguale. Per tal modo la rappresentazione acquista in quest'ordine di successione la forza di portare i gradi più rimoti insino allo stipite comune della discendenza. Ora, se questo art. mancasse, chi negherebbe, che anche nella linea retta la rappresentazione resterebbe ne' cancelli dell'art. 660?

2. Per dare lo stesso effetto alla rappresentazione nella linea trasversale sarebbe necessaria

una simile disposizione, concepata negli stessi termini, o in altri equivalenti. Ma una tal disposizione manca. Dunque la rappresentazione è in quest'ordine di successione diversa dalla precedente, ossia torna ne' limiti dell' art. 660.

3. Nell' art. 663 la rappresentazione è ammessa ne' soli gradi ineguali, vale a dire, è data per avvicinare il grado remoto al prossimo, e non per abbattere i gradi superiori. Imperciocchè ammetter la rappresentazione così ne' gradi eguali che negl' ineguali, è lo stesso che togliere a' discendenti la prerogativa del grado e dare loro il dritto del comune autore, o stipite, o capo della linea che voglia dirsi; laddove limitarla a' soli gradi ineguali vale lo stesso che concedere un beneficio a' più remoti, acciocchè non sieno esclusi da' più prossimi. In questo secondo caso i discendenti i quali trovansi in egual distanza dal comune stipite rappresentano il grado loro, ossia son chiamati alla successione per cagione della prossimità, o del proprio dritto. Quindi ne viene, che la rappresentazione ammessa anche ne' gradi eguali fa risalire i più lontani discendenti insino al comune stipite: ammessa ne' soli gradi ineguali serve ad uguagliare il remoto al prossimo: l'una sconosce i gradi intermedi: l'altra presuppone e riconosce il grado proprio de' congiunti: l'una è propria della successione de' discendenti: l'altra è propria de' collaterali: quella in somma è conseguenza delle successioni per linee: questa delle successioni per prossimità di grado.

4. Che questo e non altro sia l'effetto della rappresentazione nella linea trasversale, risulta dall'evidente disposizione del seguente art.° 664.

dove nel caso de' gradi eguali è detto che si succeda in capi e senza rappresentazione.

5. Se i discendenti da fratelli posti in grado eguale tra loro, e privi di ogni punto di congiunzione col defunto, succedono egualmente, son manifeste due conseguenze volute dalla legge: la prima che essi acquistino un dritto proprio per la prossimità del loro grado: la seconda che non debbano più salire al comune stipite.

6. Ogni legge non può nè dee prevedere tutt' i casi, ma quelli soltanto che danno la regola agli altri. Questa regola sta nel doppio caso de' gradi eguali e degl' ineguali: in quello è stabilito il principio della successione per prossimità, ossia del dritto proprio de' congiunti: in questo la massima che la rappresentazione serve ad eguagliare, e non ad abbattere il grado.

7. L' art.º 664. comprende per conseguenza così il caso in cui i discendenti da fratelli si trovino nello stesso grado, come quello in cui alcuni sieno più vicini ed altri più remoti. Li comprende entrambi, anche per la forza de' termini adoperati dal legislatore. Imperciocchè nel prevedere il caso della perfetta uguaglianza, si è servito delle parole *succederanno tutt' in capi senza rappresentazione*. Da ciò segue, che se non tutti fossero nello stesso grado, alcuni succederebbero in capi, ed altri con rappresentazione. Cotesta interpretazione è tanto più necessaria, quanto rimarrebbero nell' opposto senso inutili le parole *tutti, e senza rappresentazione*.

8. Coerentemente al significato della parola *rappresentare*, a quello del vocabolo *stirpe*, ed alle disposizioni degli art.º 663 e 664, il legislatore nel seguente art.º 665 parlando della sud-

divisione, ha riferito i rami alla stirpe di ciascuno de' discendenti. Avendo detto, *se in una medesima stirpe vi sieno più rami*, ha anche meglio dichiarato, che la rappresentazione non corre tra collaterali in fino allo stipite, ma si limita a pareggiare la differenza delle stirpi.

9. Avendo la legge definito il significato legale de' due vocaboli *stipite* e *stirpe*, non è lecito scambiare l' uno per l' altro, senza peccar contro la sua letterale disposizione. Ha definito lo *stipite* negli art.ⁱ 657, 658 e 659, come l' origine o il tronco della discendenza: ha definito la *stirpe* negli art.ⁱ 660 e 665. Se dunque il succedere nella stirpe, è diverso dal succedere nello stipite, l' estendere la rappresentazione dall' uno all' altro contiene ad un tempo un error di dritto ed una espressa violazione di legge.

Questi argomenti che si desumono dalla lettera degli art.ⁱ, divengono trionfanti se imprendiamo a interpretarli secondo lo spirito che li ha dettati. E di vero, la rappresentazione secondo che mira o a favorir le linee, o ad uguagliare i gradi, parte da due principj tanto opposti tra loro, quanto l' uno ravvicina quel che l' altro respinge. La successione collaterale può esser retta dall' uno o dall' altro principio: ma quello una volta stabilito dal legislatore, siccome non può variare, così non può essere interpretato per modo che ne risulti un effetto ora simile, ora diverso.

Or le nostre leggi civili han proscritto il favor delle linee ammesso dal Codice Francese e dalle nostre antiche consuetudini, han richiamato la prossimità del grado stabilito dal dritto romano, ed hanno per eccezione ammesso la rap-

presentazione. Chi crederebbe che questa eccezione dovesse distruggere la prossimità, e quel che meno può concepirsi, giovare a' rimoti più che a' prossimi congiunti? Ampliando anzi questa proposizione, chi crederebbe che dopo entrato il grado prossimo, debba la rappresentazione cacciarlo, ed essere così l'istrumento di una parzialità la quale resiste al principio regolatore della successione? Per la prima volta, contro alla ragione ed all'autorità di tutti gli esempi, la rappresentazione sarebbe stata introdotta per gli ultimi gradi della congiunzione, e non pe' primi.

Sono questi in breve i principali argomenti, de' quali si avvalsero sommi giureconsulti nella mentovata causa di Cesare Volpicelli, e tale fu la forza e la maestria onde furon presentati, che trionfarono prima nel Tribunale Civile di Napoli, e poscia nella Corte Suprema di Giustizia, che con due arresti stabilì la massima di doversi succedere per capi nel caso della questione proposta.

Ma a questi argomenti rispondevano i contrari con non minor forza e solidità presso a poco nel modo seguente.

Poichè l'equivoco della contraria difesa consiste principalmente nella falsa determinazione di alcune voci di legge, fa mestieri pria di tutto fissarne il vero significato onde non illudersi nelle conseguenze di legge che se ne traggono.

Ognuno sa che il vocabolo *rappresentazione*, introdotto da' dottori, è equivalente a ciò che ne' libri delle leggi romane si chiama *successio in stirpes*; e di fatto l'art.^o 672 delle nostre LL. CC. termina con dire; in stirpi, ossia per dritto di rappresentazione.

La differenza de' significati tra le parole *stirpe* e *linea* è stata luminosamente espressa da Bertrando Dargentrée: *Linea* (egli dice) *universos consanguineos conjungit, stirps inchoat et discriminat Ramos et Estoc*. Ecco in qual modo l' esemplifica: *Cum pater plures habet liberos, omnes in linea patris dicuntur, sed unusquisque stirpem sibi facit, quo casu dicitur, mortuo uno sine liberis, succedi ei in stirpes non in capita, hoc est repetito jure et portione, quæ pertinuit ei, qui stirpis auctor fuit*. Questa differenza di vocaboli è massimamente osservabile nella linea collaterale. In questa linea devesi, per calcolare i gradi, rimontar sempre a quello che è il comune ascendente di tutti coloro che sono uniti in parentela: *linea universos consanguineos conjungit*. Ora questo autore comune è lo stipite della linea. Ciascun figliuolo di costui forma, mercè la sua discendenza, una stirpe a se: *unusquisque stirpem sibi facit*. E per conseguenza lo stipite della linea precede di un grado l' autor della stirpe. In ciascuna di queste stirpi ci saranno tanti altri individui che formeranno delle nuove stirpi, le quali considerate relativamente alla stirpe principale, prendono il nome di rami: *stirps inchoat et discriminat ramos et estoc*. E le stirpi diverse ed i diversi rami fanno parte della linea. Quando dunque parlando di fratelli germani diciamo delle stirpi di ciascuno di essi, non possiamo confondere queste stirpi colla linea che congiunge quelli fra loro: poichè questa linea giunge sino al loro padre; e le stirpi de' fratelli cominciano da ciascuno di loro. Così rimane pienamente dimostrata la differenza che nel

rigoroso linguaggio legale esiste fra le parole *linea* e *stirpe*. La quale esiste ancora nel comune linguaggio, poichè *stirpe* significa sempre discendenza, e la *linea* sale, discende e cinge tutti i collaterali.

Ora per le parole *succedere in stirpes* per universale consentimento di tutt' i dottori non si intende già che quegli, cui si acquista la successione resti surrogato nel luogo del proprio suo padre, ma sibbene, ch' egli va al grado dell' autore della stirpe, tuttochè di lui rimoto ascendente. Così Corrado Rittersuzio: *Ad haec non minus frequens est in hac materia usus illorum terminorum, successio sive divisio in capita, et successio in stirpes. Igitur, in stirpes successio, vel divisio, ea est, cum non habetur ratio multitudinis, vel paucitatis personarum succedentium, ut scilicet haereditas inter eas personas aequaliter seu viritim distribuatur: » sed ratio habetur stirpis, unde » scilicet unaquaeque persona descendit, omnibusque illis, qui ex eadem stirpe orti sunt « sua assignatur portio, inter ipsos deinde dividenda, sive multi, sive pauci sint. » Et haec species divisionis vel successionis in stirpes fundamentum suum habet positum in jure representationis. Methodic. Novell. expositio summ. n.º 8.* Dello stesso modo parlano benanche Mattia Stefano, Antonio de Rosellis, Pietro Gudelino, Ugone Donello, Osualdo Illigero, Carlo Molineo, Cochin, il Fabro ec. L' origine del dritto è, o per meglio dire, sarebbe stata nell' autore della stirpe: il dritto medesimo si divide tra i suoi rami e imboccasi in ognun di loro: le persone, che tramezzano, operano sol-

tanto la congiunzione dello stipite con colui che succede. Ulpiano disse: *Liberos autem non omnes simul Prætor, sed gradatim, hoc est eos, qui sui sunt, scilicet nepotes, si sunt, inferioris gradus. Nec eos miscebimus. Plane si sunt ex emancipato nepos, et ex nepote ejus alio pronepos: dicendum erit utrumque ei jungi. Ambo enim in suorum loco successerunt.* Leg. 1.^a §. *liberos 7. ff. de conjungend. cum emancipat. liber.* E Giacomo Cujacio nel commentare questa legge avvertì: *Non tantum filius jungitur patri, sed etiam nepos avo; item pronepos proavo, idque fit per gradus: item pari ratione interdum patri jungitur filius, vel ex alio filio nepos, vel ex pronepote pronepos.* Ad d. §. *liberos 7.* tom. 8. col. 109. lit. C. Dalle quali cose deriva, che i due passi riportati dagli avversari, l' uno di Ulpiano e l' altro di Modestino, non sono tassativi, nè importano che, in mancanza del figlio e del nipote, il pronipote non si congiunga al bisavo: questa congiunzione anzi avviene, come dal testè riferito luogo di Ulpiano evidentemente apparisce. Così pure alle parole trascritte dalle istituzioni, *aequum esse videtur nepotes neptesve in patris sui locum succedere*, conviene aggiungere le altre che immediatamente seguono: *Pari ratione et si nepos neptisve sit ex filio, et ex nepote pronepos proneptisve, simul vocantur. Et quia placuit, nepotes neptesve, item pronepotes proneptesve in parentis sui locum succedere, conveniens esse visum est, non in capita, sed in stirpes haereditatem dividi.* Lo stesso è a dirsi delle altre parole prese dal capo 1. della novella 118, *tantum de haereditate*

morientis accipiat, quantum ejus parens, si viveret, habuisset; alle quali bisogna unir quelle: *in hoc enim ordine gradum quaeri nolumus.* Le medesime osservazioni hanno pur luogo su i passi citati da' contrari del Vinnio, di Pothier, Merlin e Treilhard, i quali non sono limitativi, ma solamente esemplificativi: che anzi riscontrando le opere di questi autori, si avrà occasione di osservare che essi han detto l'opposto di ciò che loro si appone.

Stabilito per tal modo il vero significato di siffatte voci di legge, che si è cercato di sovvertire, facile riuscirà la soluzione della quistione proposta e la risposta agli equivoci della contraria difesa. — E primamente l'art. 660 LL. CC. dice che l'effetto della rappresentazione è di far entrare i *rappresentanti* nel luogo, nel grado e ne' dritti del *rappresentato*. Questo art. esprime due idee, delle quali una è assoluta, e l'altra è relativa. La parola *rappresentato* contiene l'idea assoluta, giacchè sempre si esercitano i dritti, i quali sarebbero spettati a colui, che se fosse stato in vita, sarebbe succeduto al defunto, *de cujus haereditate agitur*. Il vocabolo *rappresentante* poi riceve la sua spiegazione dagli art. 667 e 672, riguardanti uno la successione de' discendenti, l'altro il modo in cui l'eredità si deferisce a' fratelli ed alle sorelle del defunto, ed a' discendenti de' fratelli e delle sorelle premorte. L'art. 667 stabilisce che i figli o i loro discendenti succedono al padre ed alla madre, agli avi ed alle avole . . . in eguali porzioni e per capi, quando sono tutti nel primo grado, o chiamati per proprio diritto. Succedono per istirpi, quando vengono tutti o alcu-

ni di essi per rappresentazione. Non è vero dunque, come si assume dagli avversari, che senza l'art.° 661. la rappresentazione sarebbe limitata nella linea retta. Vi è la regola scritta nell'art. 667, di cui l'art. 661 esprime gli effetti, ed al quale si riporta l'art. 660. Nè questo art. 660 contiene i cancelli, che si son supposti.

Esiste del pari la disposizione, che si è detto mancare nella linea trasversale. Essa è scritta nell'art. 672, che chiama a succedere i fratelli e le sorelle, ed i *discendenti de' fratelli e delle sorelle premorte*; i primi in capi, i secondi in stirpi, o sia per dritto di rappresentazione. La parola discendenti comprende non i soli figli del primo grado, ma l'intera discendenza.

L'art. 663 è la copia dell'art. 742 Cod. Franc. con essersi tolta da questo soltanto la parola *eguali*. L'art. 742 ammettea la rappresentazione e ne' gradi eguali e negl' ineguali: il nostro art. 663 non l'ammette che nel caso dei gradi ineguali. Colla omissione della parola *eguali*, se preparasi l'esclusiva della rappresentazione, quando per tutti quelli che succedono si verifica l'eguaglianza del grado, siccome col successivo art. 664 è spiegato, non si può certamente riguardo agli altri che sono nel grado ineguale indurre di essersi ammessa la rappresentazione soltanto *per avvicinare il grado remoto al prossimo e non per abbattere il grado superiore*.

Credendum non est (disse in una specie alquanto simile l'imperatore Giustiniano) *Romanum Principem, qui jura tuetur, hujusmodi verbo totam observationem testamentorum multis vigiliis excogitatam atque inventam velle everti.*

La legge alla successione in stirpi ha surrogata l'altra per capi e senza rappresentazione nel solo caso che i discendenti da' fratelli e dalle sorelle si trovino in grado eguale. La sua disposizione è condizionale, e non ha luogo, se la condizione manca, essendo antica massima di dritto, che le condizioni si debbono adempiere *in forma specifica et prout verba sonant*. Le parole *senza rappresentazione* non fanno altro che denotare una conseguenza necessaria della successione in capi, ed una maggiore chiarezza a limitare ad un caso la regola che si trova stabilita per ambi i casi predetti.

L'art. 663 paragona i due casi, cioè, che esistono fratelli e sorelle del defunto, e che sien tutti premorti con esservi rimasti i loro discendenti, e per ambi questi casi fa correre in una forma eguale la sua disposizione. Or se quando è superstite un fratello od una sorella del defunto, bisogna che i discendenti, sebbene rimotissimi da' fratelli e dalle sorelle predefunte, salgano al comune stipite, lo stesso per necessità debbe avvenire nell'altro caso, essendo assurdo l'immaginare, che una sola e medesima forma di discorso abbia due sensi diversi: *absurdum et incongruum est unius ejusdemque verbi in alterius persona vim esse duplicem, in alterius vero simplicem*. Anton. Govean in *L. Lucius Titius 45 ff. de vulgar*. Se al legislatore fosse piaciuto che la rappresentazione pe' gradi ineguali correr dovesse nella forma pretesa dagli avversari, in luogo di spiegarsi nel riferito modo, l'avrebbe dichiarato, ciò ch'era facile di eseguire con uno scarso numero di parole.

Finalmente l'opposto sistema renderebbe inu-

tile la disposizione dell' art. 663, perciocchè o i discendenti da fratelli e sorelle si trovano in gradi eguali, ed impera l' art. 664, ovvero si incontrano in gradi ineguali, ed a dispetto dello stesso articolo si deferirebbe la successione in capi, facendo servire il beneficio della rappresentazione, onde i più rimoti risalissero al grado de' più prossimi.

La distruzione dell' art. 663 trascinerebbe seco quella dell' art. 655, che comanda la divisione per stirpi in tutt' i casi ne' quali la rappresentazione è ammessa: questa regola si applica indistintamente alla successione diretta ed alla trasversale, identici essendo i motivi della rappresentazione per la prima come per la seconda: la divisione per capi è l' ultima a praticarsi dopo aver divisa la eredità fra le stirpi originarie e le secondarie, ove i rami avessero altre stirpi prodotte: questo metodo così chiaramente prescritto sarebbe sovvertito, si comincerebbe a dividere per capi elevando i più rimoti al grado de' più prossimi, dando vita e facendo concorrere personalmente alla successione gli estinti, e poscia si diverrebbe alla suddivisione tra i rami delle stirpi emergenti dai capi estinti. — L' art. 672 soffrirebbe anch' esso di questo strazio: i discendenti dai fratelli e dalle sorelle premorte non mai per diritto di rappresentazione verrebbero alla successione e la dividerebbero in stirpi, si bene mescolando la prerogativa del grado alla rappresentazione che la distrugge, in niun caso si rimonterebbe agli stipiti, i quali avrebbero raccolta i primi la successione se fossero sopravvissuti, ma i loro discendenti più prossimi rimarrebbero a' loro posti, e solo una rappresentazio-

ne singolare servirebbe a' più rimoti per ottenere la porzione di quel capo, il quale se fosse in vita avrebbe avuto egual grado.

Non è facile ad indovinare donde si faccia nascere la supposizione che nella linea trasversale, al contrario di quel che si pratica nella linea retta, si rappresenti a solo oggetto di pareggiare le stirpi. La legge nell'art. 665 non solo non distingue in materia di rappresentazione tra una linea e l'altra, ma le comprende letteralmente entrambe, giacchè dice: *in tutt' i casi, ne quali la rappresentazione è ammessa*. Qui dunque si è peccato contro la legge e contro il buon senso, essendosi voluto introdurre una distinzione, che la legge non fa, anzi apertamente esclude; ed essendosi preteso che le stesse parole in un solo e medesimo discorso esprimano due idee tra loro contrarie, ciò ch' è un grandissimo assurdo, come testè si è osservato. Ma che si è voluto denotare quando si è detto, che la rappresentazione nella linea collaterale si limita a pareggiare la differenza delle stirpi? È questa una espressione inesatta, e non suscettiva di alcun significato regolare, che sia applicabile alla presente controversia. La rappresentazione nel favorire egualmente tutte le stirpi, opera che fintanto esistono individui in ognuna di esse, non vi sia luogo alle altre, e non succeda quegli, che è fuori della stirpe, di cui si rappresenta l'autore. Con dire che non si ricorre all'autore della stirpe o sia allo stipite, si sovverte e distrugge l'idea della rappresentazione. Vi può essere una stirpe senza rami, ma è impossibile di concepire i rami senza la stirpe, da cui procedono. Quando si parla di suddivisione tra i rami, necessa-

riamente si ha da supporre che sia preceduta la divisione fra le stirpi, e non si suddivide se non quello che prima è stato diviso. È arbitraria ed inconcludente la differenza che si è voluto indurre tra lo stipite e la stirpe. Gli art.ⁱ 657, 658 e 659 che si son citati dalle LL. CC. parlano di stipiti delle linee secondo la definizione data da Bertrando Dargentrée: *Linea universos consanguineos conjungit: veluti cum pater plures habet liberos, omnes in linea patris dicuntur*. E gli art.ⁱ 660 e 665 che anche si son citati, discorrono della stirpe, del suo autore e della successione in istirpi nel senso spiegato dallo stesso Dargentrée: *Stirps inchoat et discriminat ramos et estoc: unusquisque filiorum stirpem sibi facit: quo casu dicitur, mortuo uno sine liberis, succedi ei in stirpes, non in capita, hoc est repetito jure et portione, quae pertinuit ei, qui stirpis auctor fuit*. Non si succede alla stirpe: ma per lo contrario è la stirpe quella che succede prendendo il grado del suo autore, il quale sarebbe succeduto, se non fosse premorto: nè si succede allo stipite medesimo, perchè egli nulla ha acquistato e nulla trasmette. Inutile è quindi la differenza che si è immaginata tra lo stipite e la stirpe: allo stipite non si succede, sebbene per succedere al di lui congiunto si prenda il suo grado, ciò ch'è assai diverso: e la stirpe non ha successori, ma è essa che succede.

Passando ora a ciò che si è chiamato interpretazione virtuale degli art. su cui cade la controversia, è da osservarsi, che in Francia la prossimità del grado fu la regola delle successioni trasversali e prima e dopo la pubblicazio-

ne del nuovo Codice Civile: se non che laddove prima questa regola ebbe per limitazioni la massima *paterna paternis*, e la rappresentazione, secondo il nuovo Codice ognuno de' due lati ebbe per metà il dritto ereditario universale del defunto invece de' particolari beni suddetti: ma fatto questo primo spartimento, si ordinò che non se ne facessero altri tra i diversi rami, essendosi dichiarato, che la metà devoluta a ciascuna linea spettasse all'erede od agli eredi più prossimi in grado, salvo il caso della rappresentazione. Tuttociò risulta chiaramente da Cochin XX. Inst. a la pre. chambre; tom. 1. in 8. pag. 351 e 352; dal discorso del Consigliere Treillard nell'esposizione de' motivi sul Codice, e finalmente dalla chiara disposizione dell'art. 734 del medesimo Cod., il quale è così concepito: » Seguita questa prima divisione tra le linee paterne e materne, non si fa altra divisione tra i diversi rami; ma la metà devoluta a ciascuna linea appartiene all'erede od agli eredi *più prossimi in grado*, salvo il caso della rappresentazione, come si dirà in appresso. »

Se dunque il principio della prossimità regolava la successione trasversale secondo il Cod. Fran., come la regola secondo le nuove leggi civili, e se per confessione degli stessi avversari la proposta quistione non avrebbe incontrata veruna difficoltà, se la successione si fosse aperta sotto l'impero del Cod. Fran., il cambiamento della legislazione non può produrre una risoluzione diversa là dove i principî non si sono cangiati.

In conclusione il dritto nascente dalla pros-

simità è limitato dalla rappresentazione allorchè trattasi de' discendenti da' fratelli e dalle sorelle del defunto. Lungi dall'essere distrutta o cambiata, è rimasta anzi intatta la presunzione della causa che produce questa rappresentazione: l'affetto, cioè, del defunto pe' discendenti de' suoi fratelli e sorelle, o sia per la progenie di ognuno di loro.

Se a noi fosse lecito d'interloquire fra tanto semio non esiteremmo ad abbracciare la seconda opinione, perchè è uniforme alla lettera della legge, al suo spirito, al vero significato delle voci di dritto, alle regole della sana interpretazione, mentre la prima è direttamente contraria al testo dell'art.° 663, stravolge il senso riconosciuto da tanti secoli de' più triti vocaboli di legge, introduce l'idea di una rappresentazione tutta nuova, e finalmente confonde il modo di succedere per rappresentazione con quello onde si succede per dritto di trasmissione.

QUISTIONE 13.

ESSENDO COLLE NUOVE LEGGI, ART. 194, IMPOSTO AL PADRE, O ALL' AVO PATERNO, ED ALLA MADRE L' OBBLIGO DI DOTAR LA FIGLIA E LA NIPOTE, A DIFFERENZA DI CIÒ CHE STAVA PRESCRITTO COLL' ART. 204. COD. FRAN., DEE DIRSI CESSATA LA RAGION DELLA LEGGE ABOLITA RELATIVAMENTE ALLA PREROGATIVA DI SUCCESSIONE CHE QUEL CODICE ACCORDAVA ALL' ASCENDENTE SU I BENI DONATI ALLA FIGLIA QUANDO MUOIA CON FIGLI E QUESTI PREMUOJONO AL DONANTE?

IN ALTRI TERMINI: GLI ART. 204, 732, 747 del COD. FRAN. SONO STATI ESSI DEROGATI DAGLI ART. 194, 655, 669, 670 LEGGI CIVILI?

E QUALI SONO GLI EFFETTI DI TALI DEROGAZIONI?

A queste quistioni ha dato luogo la specie seguente.

Nel 1821 essendosi collocato in matrimonio la Signora Maria Rosa Mazza col Signor D. Francesco Paturzo, il padre della sposa le costituì in dote la somma di D. 2000; e nell' articolo 3. de' capitoli matrimoniali de' 14 Giugno detto anno le parti contraenti si espressero ne' seguenti termini » per peso e sostenimento » di tale matrimonio D. Paolo Mazza costituisce » in dote, ed a titolo di dote la somma di D. » 2000 a detta sua figlia D. Maria Rosa qui » presente ed accettante, come l' accetta esso D. » Francesco Paturzo egualmente presente con e » spressa stipulazione d' impiego della dote tanto per porzione paterna che materna, come » pure per tutto ciò che l' è pervenuto dalla e » redità della fu sua zia D. Rosa Mazza giusta » l' ultima transazione fatta col Sig. Francesco » Cristofaro del dì 3. Maggio 1811. per Notar Silvestri.

Coll' articolo 5 poi degli stessi capitoli matrimoniali le parti convennero quanto siegue » Ol » tre dell' assegnamento dotale come sopra, detta Signora D. Maria Rosa portando degli oggetti, che saranno consegnati prima della celebrazione del matrimonio, dietro semplice » quietanza dello sposo, si è convenuto che nel » caso di scioglimento di matrimonio, *quod absit*, senza figli, li medesimi debbono essere » restituiti al padre dotante nello stato che si » troveranno nell' atto della restituzione, volendo esse parti che sieno considerati come beni » particolari e parafernali della sposa.

Nel dì 14 Novembre 1824 finì di vivere la Signora D. Maria Rosa Mazza lasciando a se superstiti una figlia per nome Gabriolina, e nel

di 11 Settembre 1827 questa ragazza dell' età di quattro anni pagò essa pure prematuramente il tributo che tutti dobbiamo alla natura.

Della dote costituita alla fu Maria Rosa Mazza si erano già pagati docati mille allo sposo Francesco Paturzo ed al di lui padre Costantino. Costoro reclamavano il pagamento della rimanente somma de' D. 2000, mentrecchè il Signor Paolo Mazza pretendea la restituzione de' primi D. 1000 pagati, invocando a suo favore la successione privilegiata disposta dall' articolo 670 leggi civili.

Invitato io dall' avo dotante ad istituirne il giudizio per la restituzione de' D. 1000, conoscendo il grave peso della quistione legale cui andavasi incontro, ho creduto pria di tutto di redigere la seguente

CONSULTA



QUISTIONE

» L' avo materno ha egli dritto a succedere
 » re ad esclusione di ogni altro nella dote data
 » ta alla figlia Tizia, oppure essendo rimasta
 » superstita la nipote Scia, (benchè essa fosse
 » ancor trapassata nel 1827 vivente il donante)
 » alla dicostei successione ha esclusivamente dritto
 » to il padre Caio.

Il sottoscritto avvocato crede di risolvere questa quistione coi principii del dritto Romano, del dritto patrio pria del 1809, del dritto Francese, e del dritto vigente, lusingandosi di poter di-

mostrare che tutte le quattro Legislazioni garantiscono le ragioni dell'avo.

C A P. I.

Dritto Romano.

Niuno ha mai dubitato che per Dritto Romano non fosse ammessa la reversibilità legale. Basta leggere il titolo del Codice *Comunia utriusque judicii*, la legge unica del detto codice *de rei uxoriae actione*, la novella 25 dell'Imperator Leone per non potersi mettere in dubbio, che non solo la legge del Lazio ammetteva il dritto di riversione, ma che anzi un tal dritto lungi dall'essere, come oggi lo è, un'irregolare successione, era un dritto inerente all'ascendente donante, *ut quod dedit iterum ad eum revertatur*, come si esprime la legge unica *Codicis communia utriusque judicii*.

Erano poi speciosi per quanto giusti e ragionevoli i motivi che avean determinato il legislatore ad ammettere la riversion legale; il primo, cioè, ad oggetto di mitigare negli ascendenti il dolore della perdita de' loro figli in un coi beni, di cui eransi spogliati in loro favore, e l'altro ad oggetto di non raffreddare la beneficenza degli ascendenti pel timore di questa doppia perdita. Noi troviamo espresse queste ragioni nella *L. 6. ff. de jure dotium*; *4. Cod. soluto matrimonio*; *2. Cod. de bonis quae liberis*. » *Jure succursum est*, dice la prima, *patri, ut, filia amissa, loco solatii cederet, si redderetur ei dos ab ipso profecta, ne et filiae amissae, et pecuniae damnum sentiret* ». E

la seconda » *prospiciendum est enim, ne hac injecta formidine, parentum circa liberos munificentia retardaretur* ».

Benchè questi motivi fossero, come ognun vede, comuni agli ascendenti de' due sessi, pur tuttavolta il dritto Romano non accordò il dritto di riversione, che agli ascendenti paterni in virtù della patria potestà. La madre poi e gli ascendenti materni non godevano questo dritto, se non per le donazioni fatte a' loro figli o discendenti a contemplazione del matrimonio, qualora sopravvivevano al donatario morto senza figli, come abbiamo dal testo delle leggi citate. In caso però che avesse luogo la riversione legale nelle donazioni fatte a contemplazione di matrimonio, i guadagni che la moglie del donatario avrebbe potuto percepire sulla donazione fatta al marito dai suoi ascendenti, e quelli che il marito poteva similmente fare sulla dote della moglie, conseguivano il loro effetto, rimanendo la riversione diminuita da questa sorta di guadagni, sia che questi fossero regolati dal contratto di matrimonio, sia dalla consuetudine, o da qualche altra legge. Ved. *leg. 12. ff. de pactis dotalibus*, e *Domat tom. 4., parte 2., lib. 2. tit. 2. §. 5.*

Disputavasi tra' romani Giureconsulti se si desse luogo al dritto di ritorno a favor dell' ascendente donante, quando il donatario e donataria lasciasse figli; e questa quistione dibattuta tra' due partiti accanitamente per lunga pezza, finalmente fu decisa dall' uso, che ha reso un omaggio alle teorie consacrate nella *leg. 12. ff. de pactis dotalibus*, e da Ulpiano *tit. 6., §. 4.* in favore dell' ascendente donante. Ecco come si

esprime Domat sul proposito. » Facendo la considerazione de' figli del donatario cessare la » riverzione quando gli sopravvivono , sorge un' » altra quistione, se in tal caso sia cessato questo dritto, in maniera che se questi figli morissero prima dell' ascendente donatore , fosse costui privato del dritto di riverzione — Poi- » chè questi figli sono considerati essi stessi come donatarj del loro avo , siccome abbiamo » osservato, sembra potersi dire ch'essendo continuata la donazione nelle loro persone, il dritto di riverzione fosse soltanto sospeso in loro favore, e che comincia ad avere il suo effetto quando la donazione cessa di avere il suo colla loro morte. Dappoichè allora questo donante che sopravvive al donatario, ed a' suoi figli si trova nel medesimo stato, che sopravvivesse al donatario morto senza figli; poichè sopravvivendo a tutto il ramo de' suoi discendenti , per cui era stata fatta la donazione , sopravvive in realtà a' donatarj, e si trova nel motivo delle leggi, le quali danno il dritto di riverzione. Ved. *Domat lib. 2. tit. 2. tom. 4.*

Or dietro la voce chiara ed espressa della legge, dietro l'autorità de' più classici interpreti del dritto chi mai potrebbe dubitare, che la legge romana non risolve la questione in termini precisi a favor dell'Avo donante? S'egli ebbe la disgrazia di perder la figlia non solo , ma eziandio la nipote , a di cui favore e pel di cui sostentamento la dote fu costituita , la legge romana non tollera , che a questa doppia perdita egli dovesse aggiungere ancor quella de' beni da lui donati in favor di quel matrimonio, che più non sussiste , e i di cui vincoli , suo malgrado,

si son rotti per sempre, attesa la perdita della discendenza, che dal matrimonio era nata. Il voto del donante, l'ordine pubblico ch'è il primo garante della santità de' dritti successorj, non permettono che i beni dati ad oggetto esclusivo di mantener la prole del donatario, dovessero passare ad una famiglia, che al donante ed al donatario è parimente estranea, e che niun dritto ha mai rappresentato su' medesimi.

C A P. II.

Dritto del Regno.

Le leggi del Regno pria del 1800 riconoscevano gli stessi principj del Dritto Romano; ma poichè allora le teoriche de' dottori, le regole ed i consigli degl' interpreti avevano nel foro ottenuta un' autorità quasi superiore a quella delle leggi, specialmente dopo il XVI secolo, talmente che con Real dispaccio de' 26 Novembre 1774 vi fu bisogno di circoscrivere le teoriche che dovessero essere nel foro rispettate, vediam un poco se esse abbiano sanzionata una giurisprudenza contraria al dritto dell' ascendente donante.

Il celebre Antonio Tesauro, dopo aver riportato un lungo catalogo di scrittori, che sostennero le ragioni dell' ascendente donante, non men che le combatterono, termina con dire, che non v' ha dubbio, che anche *liberis superstibus, mortua in matrimonio filia, dos a patre profecta ad patrem reverti debet*, fondandosi sulla legge *jure succursum ff. de jure dotium*, sulla *leg. ult. §. 1. ff. ut legatorum*

nom. cadeat, sul testo in §. 1. in autentica de haered. ab intestat.

L'istessa teoria professò Antonio Fabro *lib. 1. conjectur. juris cap. 16*, ed il dotto Fachineo nelle sue controversie *juris lib. 3. cap. 71.*, adducendo per ragione, che il discendente nei beni profetizj *non habet haeredem; nec quidem filium, quoniam illa patri pleno jure adquiruntur quum nihil sit immutatum a Justiniano in profectiliis.*

Queste massime erano sacre e rispettate nel Foro, e quindi i figli della figlia dotata, benchè viventi, dovean soffrire il dispiacere di veder ritornare all'avo superstite la dote portata in matrimonio dalla madre loro; se non che a temperar tanto rigore surse la consuetudine detta *Di Martino*, in forza della quale erasi introdotto l'uso di giudicare, che finchè fossero vivi i figli superstiti alla dotata non dovesse darsi luogo alla riversion legale, che rimaneva in sospeso per esercitarsi in caso di premorienza di essi al donante, richiamandosi in tal modo in vigore le teorie del Dritto romano esposte dal Domat, e da noi sopra-citate.

Or se nel caso in esame non solo la figlia dotata, ma ancor la nipote è premorta all'avo dotante, chi potrebbe sostenere che le leggi del regno non risolvono egualmente in favor dell'avo la proposta questione?

C A P. III.

Dritto Francese

Nel risolvere questa questione coi principj

del Dritto francese, noi analizzeremo la lettera e lo spirito del Codice, invocherem quindi l'autorità di coloro che compilarono, e di coloro che comentarono quel codice; finalmente ci gioveremo della giurisprudenza pratica oltramontana per far conoscere che tutto ci conduce uniformemente a risolvere la questione in favor dell' ascendente donante.

Pria però di occuparci in questo disame ben degno dell'attenzione del Filosofo e del Giureconsulto, ci piace trascrivere le parole dell'art. 747. ; per far conoscere al lettore qual nobile differenza esiste tra le disposizioni del Codice francese, e quelle che han sanzionate le nostre leggi civili. L'articolo 747 è così concepito:
 » Gli ascendenti succedono ad esclusione di tut-
 » ti gli altri nelle cose da essi donate a' loro
 » figli o discendenti morti senza prole, allorchè
 » le cose donate si ritrovano in ispecie nell' e-
 » redità. »

Or attendendo al senso letterale delle parole che compongono l'articolo, potrà negarsi che desso è tutto favorevole all' ascendente donante nella specie che ci occupa? Il dirsi, gli ascendenti succedono ad esclusione di tutti gli altri nelle cose da essi donate a' loro figli o discendenti morti senza prole, non esprime lo stesso senso che se dicesse; » gli ascendenti succedono alle cose da essi donate a loro figli o discendenti qualora senza prole i figli o discendenti sian morti? Ed allorchè il padre dona a suo figlio, non si presume donare a' suoi nipoti, specialmente quando trattasi di donazione fatta a contemplazione di matrimonio, ove tal presunzione è voluta dalla legge, a' termini degli art. 1086,

1082. del cod. francese? Sisto Empirico *adversus mathematicos* pag. 61. parlando delle dispute forensi, riprova agl'interpreti il vizio di ricorrere alla lettera della legge quando è loro contrario lo spirito di essa, e viceversa: ma nel caso in esame se l'interpretazione puramente grammaticale risolve la questione in favor dell'ascendente donante, lo spirito della legge corre immanentemente in suo soccorso per stabilire l'istessa dottrina. Ed invero, s'egli è indubitato che in caso di dubbio o di oscurità di una legge novella, le leggi antiche e gli usi precedentemente seguiti sono il comentario più sicuro che i magistrati possano e debbano consultare, noi ricorrendo al processo verbale delle discussioni, alle conferenze, alle antiche consuetudini di Parigi, di Orleans, di Tolosa, di Lilla, infine alle leggi romane, il di cui impero estendevasi sulla più gran superficie della Francia, troveremo che i compilatori del nuovo codice non vollero nè intesero stabilire principî diversi da quelli, ch'erano stati per lo innanzi adottati dalla legge, consagrati nelle scuole, e seguiti nel Foro.

Si sa qual era la disposizione delle leggi romane ne' titoli *de jure dotium*, *solutio matrimonii*, e la novella 25 dell'Imperador Leone da noi riportata. Si sa che il celebre Furgole nella sua quistione 96 sull'ordinanza del 1731 portò avviso che per dritto francese, come per dritto romano i beni donati ritornar dovessero in qualunque caso di pieno dritto al donante *veluti quodam jure postiliminii*, e che di quest'istesso avviso fu il primo presidente di Lamoignon, seguendo la giurisprudenza de' parla-

menti di Tolosa, di Grenoble, e di Bordeaux. Non s'ignora finalmente che l'articolo 747. del codice francese non ha fatto che copiare parola a parola l'articolo 313. della consuetudine di Parigi, uniforme all'articolo 313. di quella di Orleans ove si legge: » Gli ascendenti succedono nelle cose da essi donate a' loro figli » o discendenti morti senza figli da essi, » e che l'una e l'altra di queste consuetudini estendevano il dritto di ritorno anche al caso della premorienza de' nipoti all'avo donante per la ragione addotta da *Le Brun* nel suo trattato delle successioni *lib. 1. cap. 5*: cioè, » che » egli è giusto che morendo il nipote senza figli, la riverzione abbia luogo a vantaggio dell'avo, il quale avendo fatto una doppia perdita, ha doppiamente bisogno di consolazione. » Or se l'art. 747 del codice francese è copiato ad litteram dalle consuetudini di Parigi e di Orleans, e se queste, secondando il voto della natura, le affezioni del cuore umano, e la voce della ragione diedero luogo al dritto di riverzione anche nel caso della premorienza del nipote all'avo donante, come noi potrem sostenere che nella copia conforme si contenga meno di quel che si contiene nell'originale, se uno fu lo spirito che dettolle entrambe, e se altronde dal processo verbale delle discussioni non rileviamo essersi fatto alcun motto tendente ad alterare o a distruggere sia la forza delle antiche disposizioni, sia lo spirito che dettate aveale?

Ma v'è di più. Il consigliere di Stato Treillard nella seduta del 19 germile anno 11. nell'espone al consiglio di Stato i motivi della legge relativa alle successioni, occupandosi dell'art.

747. dopo aver esposte le diverse consuetudini che per lo innanzi avean governata parte della Francia, soggiunge : » Noi abbiám sostituito a » queste disposizioni diverse una regola giusta, » semplice, e d' una facile applicazione..... » E quindi trascrivendo l' articolo come giace nel codice, soggiunge: » Disposizioni così uniformi al » voto della natura non han bisogno di essere » spiegate. »

Se un cangiamento avesse voluto portarsi alle antiche dottrine , agli antichi principj , non era quello il momento di farlo conoscere e di manifestarlo a coloro, cui era riserbato nella qualità di legislatore l' adozione del progetto? Ed il Maleville che, come ognun sa, fu Presidente della commissione di legislazione, non dichiarò egli in termini formali, che il dritto di ritorno è applicabile anche quando il nipote premuore all' avo donante? Attenendosi, egli dice , alle parole dell' articolo , si dovrebbe escludere il donante dalla successione » mercè che l' ascenden- » te non ripiglia la cosa donata, che a titolo di » successione. Fa d' uopo dunque considerare le » cose nello stato in cui si ritrovano alla morte del donatario. Or è fuor di dubbio che in » quell' istante la riversione non può aver luogo, non essendo il donatario morto senza prole. »

Ma poi soggiunge : » ciò nondimeno si » dotterà l' opinione contraria, se si porrà mente che il nostro articolo altro non fa, che rinnovellare negl' istessi termini le disposizioni delle consuetudini, non altrimenti che nel resto della Francia, in generale correva la massima , che l' ascendente non perdesse la sua

» speranza , se non quando alla sua morte si » trovassero dei discendenti del donatario. » Vedi su questo proposito (Contium) Canpolosi. Caterland. Vicent., Le Brun, Pothier, Bourjon. ec.

Il nostro articolo non esclude positivamente questa interpretazione. Chiama egli gli ascendenti a succedere nelle cose da loro donate a' loro discendenti morti dappoi senza prole , ma non prefigge il tempo della mancanza della prole, cosicchè basta che questo caso accada durante la vita del donatore chiamato , perchè il donatore non perda i suoi dritti. Chi contrasterebbe al medesimo che il discendente non abbia prole, quando in fatti non l'ha? Il linguaggio che si tiene ordinariamente è il medesimo dell' articolo. Dippiù allorchè fu discusso quest' articolo, niente fu detto che desse motivo di credere, ch' esso avesse ad essere inteso in un modo diverso.

Che se la lettera e lo spirito dell' art. 747 decide la questione in favor dell' avo donante, l' autorità dei più classici comentatori delle nuove leggi non consacra principj diversi. Noi fra la numerosa schiera, che si para innanzi sul proposito , ci contentiamo di riportare le autorità seguenti.

Il dotto Pothier, che secondo il linguaggio di Portalis , è stato l' unica guida de' comentatori francesi, nella nota quarta sull' art. 315. della costumanza di Orleans, concepito come l' art. 313 di quella di Parigi, dice » che il donante succede alle cose da lui donate, non solo » lamente nella successione del figlio, cui fu fatta la donazione , allorchè questi fosse morto » senza prole, ma benanche in quella del figlio » di esso, che le ha ricevute nella successione » di suo padre. »

È lo stesso scrittore nel suo trattato delle successioni *Cap. 2. art. 3. §. 2.* si esprime così: » L' ascendente donante non succede nelle » cose che ha donate , se non in mancanza di » figli del donatario: donandole a suo figlio, glie » le ha donate tanto per esso , che per la sua » posterità. Ma in mancanza di figli del donatario è egli preferito a tutt' i collaterali, anche » a' fratelli e sorelle del defunto? Questi due » ultimi termini nel nostro articolo *e loro discendenti* , s' intendono di essi donatarj , di » coloro della successione de' quali si tratta ; e » non di essi padre e madre. Tal' è l' interpretazione che ne danno tutt' i comentatori delle » costumanze di Parigi, e ciò è ancora più indubitato nella costumanza di Orleans , secondo che apparisce dall' art. 348 del nostro antico statuto, d' ond' è tolto il nuovo, il quale » si esprime così: *se il donatario muore senza eredi in diretta linea.* Secondo questi termini il donante è formalmente preferito a tutt' i collaterali. »

Gli autori delle pandette Francesi nel tomo 8. pag. 56 propongono la stessa quistione, e dopo aver rapportato le diverse opinioni degl' interpreti, i quali decidono in favore dell' avo donante pria della pubblicazione del Codice Civile, soggiungono: » Intanto noi crediamo (anche » dopo la pubblicazione del Codice) che in questo caso, cioè nella premorienza del nipote al » donante, si debba ammettere la successione di » cui si tratta. Il nostro motivo di creder così, » regge sulla ragione, che questa è una successione d' un genere particolare, che quasi interamente dipende dal dritto di ritorno o di ri-

» versione, e dee seguirne i principj. Le ragio-
 » ni che l'hanno fatte ammettere, cioè il mo-
 » tivo di consolare l'ascendente donante, e d'in-
 » coraggiare le doti a favore del matrimonio, sus-
 » siste sempre nella nostra ipotesi. » Ed essi ci-
 » tano il celebre Henris nel suo trattato delle suc-
 » cessioni *lib. 1. cap. 5. sez. 2. n. 26.*

Il famoso Decano di Parigi il dotto Delvin-
 court nel *lib. 3. tom. 4. nota 57.* così si e-
 sprime: » Quid se il donatario muore lasciando
 » figli, ma che questi figli, vengono pure a mo-
 » rir senza discendenza prima del donatore? Io
 » credo che debba ancora in questo caso appli-
 » carsi l'articolo 747, ed io mi appoggio sulla
 » stessa ragione, che fa preferir la prole del
 » donatario allo stesso donatore. Questo è, di-
 » ciamo, perchè il padre che dona a suo figlio
 » si presume comprendere nella sua liberalità tut-
 » t'i discendenti di costui; e tal presunzione
 » può fondarsi sull'art. 1082 (1038), il quale
 » decide, che le donazioni fatte per contratto di
 » matrimonio de' beni futuri (ed è quasi sem-
 » pre così che si fanno le donazioni degli ascen-
 » denti a' loro discendenti), si reputano fatte
 » non solo al futuro sposo, ma benanche a' fi-
 » gli nascituri. I discendenti del donatario si con-
 » siderano dunque esser eglino stessi i donatarij
 » dell'ascendente; e quando essi muojono senza
 » prole, egli è vero il dire con *Domat parte*
 » *2. lib. 2, tit. 2, sez. 3,* che il caso previ-
 » sto dall'art. 747 siasi verificato. Il donante
 » (dice l'annotatore di Ricard sul cap. 7 del-
 » la 3 parte, §. 2. num. 10) spogliandosi in
 » favore de' suoi discendenti, non può presumer-
 » si aver voluto che i suoi beni passassero all'

» estraneo, al dodicesimo grado piuttostochè al
 » primo. — Aggiungiamo, che quando il legis-
 » latore adotta una disposizione già consacrata
 » dall'antica legislazione, si presume, a meno
 » che non abbia enunciata formalmente l'opi-
 » nione contraria, adottarla nel senso che sino
 » allora ha ricevuto. Ora l'art. 313 della co-
 » stumanza di Parigi, che è stato copiato pres-
 » so a poco parola per parola nell'articolo 747,
 » si è sempre, da duecento anni almeno, inter-
 » petrato nel senso che l'ascendente donatore
 » dovesse succedere alle cose donate da lui, quan-
 » do esse si ritrovassero, in natura, non solo nel-
 » la successione del donatario, ma benanche in
 » quella de' figli di quest'ultimo, morti anche
 » essi senza prole prima del donante. Ciò non
 » dava luogo ad alcun dubbio (Ricard delle
 » donazioni *parte 3. n. 780 e seg.*, Ferriere
 » sull'art. 313 della costumanza di Parigi; Le
 » Brun delle successioni *lib. 2, cap. 5. sez.*
 » 2, *num. 33 e 34.* Pothier delle successioni
 » *cap. 2*) — Ora non può dubitarsi che i re-
 » dattori del Codice stendendo l'art. 747, e te-
 » nendo sotto gli occhi l'articolo 313 della co-
 » stumanza, non abbiano perfettamente conosciu-
 » to il senso nel quale era in generale e senza
 » controversia seguito. Dunque poichè l'hanno
 » copiato parola per parola, senza nulla aggiun-
 » gere che possa svelare una contraria intenzio-
 » ne, dee certamente presumersi che l'abbiano
 » nello stesso modo adottato. V'è dippiù: in
 » un caso perfettamente analogo, in cui essi non
 » hanno copiato un'antica disposizione ma ne
 » hanno fatto una nuova, hanno spiegato chia-
 » ramente la loro intenzione. Noi vediamo in-

» fatti, che l'art. 352, uniforme all'art. 276,
 » dà formalmente all'adottante donatore il drit-
 » to di riprendere le cose da lui donate non so-
 » lo nella successione dell' adottato, ma benanche
 » in quella de' figli e discendenti di questo ul-
 » timo morti senza prole. Può credersi che ab-
 » biano inteso negar lo stesso dritto all' ascen-
 » dente naturale, ch' è in un caso molto più fa-
 » vorevole? E se in questa specie di successione è
 » stata stabilita, come risulta dalle disposizioni
 » della legge, *solatii causa*, non dee aver essa
 » luogo molto più in favore di colui che per-
 » de la sua discendenza legittima, che dell'a-
 » dottante il quale perde degl' individui, cui era
 » coi soli legami civili congiunto? E se il le-
 » gislatore non si è spiegato in un modo così
 » formale nell' art. 747, come lo ha fatto nel-
 » l' articolo 352, non dee forse credersi che
 » egli l'ha supposto assolutamente inutile, ed
 » abbia pensato che questa interpretazione non
 » dovesse soffrire alcuna difficoltà, attesa la ma-
 » niera colla quale era inteso da tutti gli auto-
 » ri l' articolo 313 della costumanza? »

Il Cattedratico di Rennes, il dotto Toullier
 nel mostrarsi imbarazzato nel voler risolvere la
 quistione proposta, si esprime: » Non si osser-
 » va affatto che i compilatori del Codice abbia-
 » no avuta l'intenzione di derogare l' antica giu-
 » risprudenza ed il senso grammaticale dell' art.
 » 757. (670), non n' è positivamente contra-
 » rio. Esso porta che » *gli ascendenti succe-*
 » *dono ad esclusione di tutti gli altri nelle*
 » *cose da essi date a' loro figli o discen-*
 » *denti morti senza prole*. Non è questo lo
 » stesso senso che se portasse, *gli ascendenti*

» *succedono alle cose da essi donate, qualora i figli o discendenti siano morti senza posterità?* D'altronde è esatto il dire, che l'ascendente non è donante relativamente al nipote, qualora ha donato al padre? Qualora un padre dona a suo figlio sempre si presume che egli doni a' suoi nipoti: la legge nell'art. 1082, e 1086 (1058.....). lo dice formalmente, quando trattasi delle donazioni fatte per contratto di matrimonio. Finalmente si può aggiungere, che il dritto di riversione non deve cedere ad una interpretazione puramente grammaticale. »

Le Brun nel suo trattato delle successioni *lib. 1. cap. 5. sez. 2*, Bretonnier sopra *Henrys lib. 6. cap. 5. ques. 12*, Bourjon nel suo trattato del dritto comune della Francia *parte 3., cap. 3 sez. 3 n. 32*. Duplessis, Renusson, Auzanet professano la stessa opinione, adducendo per motivo che *le ragioni che han fatto introdurre il dritto di riversione, militano tutte a favore dell'avo ascendente.*

Infine per tacere di tanti altri, il Giureconsulto per eccellenza fra' giureconsulti, il dotto Merlin, la di cui autorità si è spesso equilibrata con quella delle leggi nel Foro Francese, nelle sue quistioni di dritto alla parola *reversion*, nel rapportare la legge 6. *ff. de jure dotium*, la legge 4. *Cod. soluto matrimonio*, la legge 2. *Cod. de bonis quae liberis*, l'autorità di Ulpiano *tit. 6., §. 4.*, infine l'autorità per lui sempre rispettata del dottissimo Voet conchiude, che la decisione della Corte di appello di Lion, emessa nella causa di De Lariviere e Clavette doveva essere confermata e rigettato il ricorso,

perchè la Corte aveva deciso uniformemente alla giurisprudenza delle consuetudini di Tolosa, Bordeaux ed Aix, che rispettando il dritto Romano, ammettevano la reversibilità a favor dell'avo donante, anche quando dal figlio o figlia fossero nati de' discendenti, purchè questi fossero al donante premorti.

Or se l'interpertrazion letterale e grammaticale, non men che lo spirito dell' articolo decidono la questione a favor dell'avo donante, e se l'autorità de' comentatori e de' compilatori del Codice uniformemente consagra l'istessa dottrina, quale altro dubbio per potersi tuttavia sostener la negativa?

Conveniamo che Chabot nella sua nuova edizione del comentario sulle successioni *tom. 1. pag. 370.* sostiene la contraria teoria, e che la sua autorità ne ha imposto al dotto Grenier, che nel suo trattato delle donazioni professa l'istessa dottrina; ma il solo Chabot sarà egli sufficiente a distruggere un principio che uniformemente consagrano non solo la lettera e lo spirito del codice, ma che le scuole professano senza contradizione, e che il Foro ha abbracciato con una giurisprudenza costante? E che sarà se dimostreremo, che Chabot confutato da' primi scrittori della Francia, è in contradizione con se medesimo, professando nell' ultima edizione della sua opera, massime che avea riprovate nella prima e che non ardi manifestare al Tribunato, di cui faccia degnamente parte? Il Delvincourt, il rispettabile vivente Decano di Parigi ecco come maestrevolmente lo confuta nella nota *57, tit. 3. tom. 4.* della sua opera, ove dopo aver espresse le osservazioni da noi sopra rapportate,

conchiude ne' seguenti termini. » Ora è sorprendente, dopo queste osservazioni, che un autore (cioè Chabot) abbia potuto dire in un » comentario sull' articolo 747, dopo aver citato i più famosi giureconsulti che hanno adottata l' opinione da noi emessa ; che questo » autore, io diceva, abbia potuto avanzare, che » l' art. 747 sia venuto a cambiare il dritto a » questo riguardo, ed a stabilire una contraria » disposizione. Abbenchè egli non citi mai l' art. » della costumanza, ch' ebbe ben evidente il tempo dell' art. 747, è impossibile di supporre » che non l' abbia conosciuta. Or come fu precisamente al Parlamento di Parigi, e sotto l' » impero di questa costumanza che si giudicava » in favor del donante, e che l' art. 747 del » Codice non è che la copia del detto art. 313, » come mai ha potuto questo autore dire ; che » il Codice avea stabilita una contraria disposizione? Vi è dippiù : il solo cambiamento che » è stato fatto, e di lieve importanza, è in favore della nostra opinione. Infatti l' art. 313 » portava: *succedono alle cose donate a' loro figli morenti senza posterità*. Certamente dalla parola *morenti*, ch' è un participio presente, si avrebbe potuto concludere che la successione dell' ascendente non avea luogo che » nel tempo in cui il donatario moriva senza figli. Nulladimeno si gridava uniformemente il » contrario in tutta la giurisdizione del Parlamento di Parigi. Ora nell' articolo 747 alla » parola *morenti* si è sostituita la parola *morti*, » ch' è ancor più favorevole alla nostra opinione; » poichè da un lato basta che il donatario sia » morto senza prole, perchè la successione del-

» l'ascendente abbia luogo; e dell'altro quando
 » tutta la discendenza del donatario è morta pri-
 » ma del donatore, egli è certo che a riguardo
 » di quest'ultimo, può dirsi con Domat nel luo-
 » go citato, che il donatario è morto senza po-
 » sterità.

» Mentre queste pagine erano sotto il tor-
 » chio la questione si è presentata alla Corte di
 » Cassazione sul ricorso formato contro una de-
 » cisione della Corte di Poitiers, che avea giu-
 » dicato interamente in senso inverso all'opinio-
 » ne da me stabilita: questo ricorso è stato ri-
 » gettato con arresto de' 18 Agosto 1818 *Bul-*
 » *lettino num. 66.*

» Se la Corte di cassazione si fosse conten-
 » tata di rigettare puramente e semplicemente
 » questo ricorso, pel motivo che non vi era for-
 » male controvenzione alla legge, io mi guar-
 » derei dal criticare il suo arresto, perchè effet-
 » tivamente non poteva dirsi che la decisione di
 » Poitiers avesse violato la lettera dell'articolo
 » 747, tutt'occhè certamente ne abbia mal co-
 » nosciuto lo spirito. Ma siccome la Corte di
 » cassazione ha fatto procedere il suo arresto da
 » numerosi *considerando*, che fan presumere
 » aver essa adottato interamente il sistema del-
 » la Corte di Poitiers, e siccome io non ho in
 » essa trovato alcuna risposta a' principali ar-
 » gomenti su quali la contraria opinione è fon-
 » data, così persisto meno nell'emessa opinione.
 » Infatti, come si è veduto, il principal mezzo
 » da me allegato era tratto da ciò che il pri-
 » mo paragrafo dell'art. 747 non era nella sua
 » prima parte, che la copia letterale dell'artico-
 » lo 313 della costumanza, e che dietro la con-

» formità della redazione, era impossibile sup-
 » porre che i redattori del Codice non l'aves-
 » sero avuta sotto gli occhi quando fu redatto
 » l'art. 747; che dall'altra parte quando una
 » nuova legge consacra una disposizione già esi-
 » stente in una legge antica, si dee secondo tut-
 » te le regole di ragione ed interpretazione pre-
 » sumere, che il nuovo legislatore abbia inteso
 » dare a queste disposizioni l'effetto che avea-
 » no nella legge antica; che altrimenti bisognerebbe supporre in lui l'intenzion d'ingannare
 » i giudicabili, il che non può essere; che d'al-
 » tronde lasciando da parte ogni presunzione,
 » questo sentimento del legislatore si è da lui
 » stesso manifestato » *Non mai un popolo* (di-
 » cesi nell'esposizione generale del Codice Civile)
 » *si è abbandonato alla pericolosa intrapre-*
 » *sa di separarsi in un subito da tutto ciò*
 » *che l'avea civilizzato, e di rifare la sua*
 » *intera esistenza. Perchè dunque avrem noi*
 » *l'imprudenza di ripudiare l'opulente retag-*
 » *gio de' nostri padri? Rinnovando la no-*
 » *stra legislazion civile, bastava tracciare una*
 » *linea di separazione tra le riforme esatte*
 » *dalla presente situazione dello stato, e le*
 » *idee che il tempo, ed il rispetto de' popoli*
 » *han consagrato.*

» *Le nuove teorie non sono, che i siste-*
 » *mi di alcuni individui; le antiche massime*
 » *sono lo spirito de' secoli.*

» *Il legislatore dee contenersi ne' limiti*
 » *che la tradizione de' lumi ha determinati,*
 » *sino a che gli avvenimenti e le cose l'av-*
 » *vertano, ch'egli può senza commozione e*
 » *senza scossa procedere nella nuova carrie-*
 » *ra che il genio gli ha aperta.* »

» *Egli è utile conservare tutto ciò che*
 » *non è necessario distruggere, le leggi deb-*
 » *bono aver riguardo alle abitudini quando*
 » *queste non sono de' vizj. »*

» *E più appresso parlando delle antiche*
 » *costumanze, noi non abbiain rinunciato, con-*
 » *tinua l'oratore, che a quelle il di cui spi-*
 » *rito é scomparso innanzi ad un altro spi-*
 » *rito, quelle la di cui lettera non è che*
 » *la sorgente giornaliera d'interminabili con-*
 » *troverse, e che ripugnano alla ragione,*
 » *non meno che ai nostri costumi. »*

» *Certamente non è possibile di manifestar*
 » *più formalmente una ripugnanza più positiva*
 » *allo spirito d'innovazione. Puossi dopo ciò pre-*
 » *sumere, che quando un articolo di un' antica*
 » *costumanza si ritrova parola per parola in un*
 » *articolo del Codice, il legislatore abbia inteso*
 » *dargli un senso diverso da quello che sino allo-*
 » *ra costantemente ha avuto?*

» *Dippiù la Corte istessa di cassazione, pro-*
 » *nunziando su di una questione relativa preci-*
 » *samente a questo stesso art. 747, ha cono-*
 » *sciuto che bisognava nell'antico dritto cercar-*
 » *ne la soluzione.*

» *Atteso dicesi in un de' considerando del-*
 » *l'arresto di questa Corte de' 30 giugno 1817*
 » *(Bullettino n. 67): attesocchè il Codice*
 » *Civile ha avuto per oggetto di ristabilire*
 » *gli ascendenti donatori ne' dritti naturali,*
 » *che loro accordava l'antica giurispruden-*
 » *za, e di cui la legge de' 17 nevoso li a-*
 » *vea col suo silenzio privati.*

» *Resta dunque provato sino all'evidenza,*
 » *che i redattori del Codice non hanno inteso*

» fare de' cambiamenti all'antico dritto, che per
 » quanto erano richiesti necessariamente dalle
 » circostanze: per maggior ragione, giusta quel
 » che abbian detto, deesi pensare, che quando
 » essi adottano la stessa disposizione dell'antico
 » dritto intendono adottarla nel senso in cui
 » è stata costantemente intesa. Non vi è dun-
 » que altro da esaminarsi ora che la questio-
 » ne di fatto: come al momento della promul-
 » gazione del Codice Civile era inteso l'articolo
 » 313 della costumanza di Parigi relativamente
 » alla questione, se l'ascendente donatore pote-
 » va succedere alle cose donate a' suoi discen-
 » denti, quando esse si trovavano nella succes-
 » sione de' figli del donatario morti essi stessi
 » senza prole. »

Fin quì Delvincourt, confutando con quella maschia eloquenza che lo distingue, le teorie del signor Chabot. Ma sia lecito a noi pure di aggiungere una linea a tante legali riflessioni.

Chabot, che nel suo commento delle successioni pubblicato non pria del 1812. professa questi principii, non è egli quell'istesso Chabot de l'Allier, che alla seduta del 26 germile anno dodici, in nome della sezione di legislazione, fece il suo rapporto al Tribunato sulla legge relativa alle successioni, senza punto marcare la differenza, che crede ora d'essersi introdotta dal Codice alle antiche ordinanze? Non è quell'istesso Chabot che parlando allora al Tribunato, dopo aver esposto il tenore delle stesse consuetudini, e dopo aver detto » l'avo ama i suoi ni-
 » poti come amava suo figlio: questi sono in
 » luogo del figlio che ha perduto, e lo rappre-
 » sentano agli occhi suoi; questi hanno nel suo

» cuore lo stesso luogo che occupava il padre loro »
 esponendo poi l'art. 747. senza riflessione alcuna
 soggiunge: » In tutt' i casi che si sono spie-
 » gati, gli ascendenti succedono ad esclusione di
 » tutti gli altri, alle cose dà essi donate a'
 » loro figli o discendenti morti senza prole, quan-
 » do gli oggetti donati si trovano in natura nel-
 » la successione. »

Inoltre lo stesso Chabot, pria di comporre
 il comento sulle successioni, nel quale profes-
 sa la contraria teoria, avea pubblicato il quadro
 della legislazione antica sulle successioni, e della
 novella stabilita dal Codice Civile, nel quale in-
 vero non stabilisce massime contrarie; ma dopo
 aver nella pag. 151. parlato della reversibilità
 legale per dritto Romano applicabile anche in
 caso di premorienza de' figli del donatario all'a-
 vo donante, e dopo aver detto che questa dispo-
 sizione era seguita in Francia ne' paesi di drit-
 to scritto, come ne' paesi consuetudinarii, sog-
 giunge: » Secondo l'opinione de' Giureconsulti,
 » e principalmente di Domat e di Le Brun, al-
 » lorchè dopo la morte del donatario, i suoi di-
 » scendenti muoiono senza prole prima dell'a-
 » scendente donante, il ritorno legale, al quale
 » essi aveano fatto ostacolo, riprendeva il suo
 » effetto, e l' ascendente donante rientrava nella
 » proprietà delle cose da lui donate, anche nel
 » caso in cui non era erede del discendente del
 » donatario.

» La ragione che ne dà Domat *lib. 2, tit.*
 » 2. *lib. 3.* si è, che i discendenti del dona-
 » tario, essendo considerati come donatarii an-
 » ch' essi, poichè essi impedivano il ritorno lega-
 » le, questo dritto che non era che sospeso in

» loro favore, riprendeva il suo effetto, quando
 » la donazione cessava di avere il suo, per la
 » loro morte senza posterità.

» Il Codice civile ammette questa estensio-
 » ne, pel dritto di succedere in favore dell'a-
 » scendente donante.

Or da queste espressioni, contenute in un
 opera pubblicata quasi nel tempo medesimo in
 cui si compilavano i codici, chi non vede che
 Chabot è in contradizione con Chabot? Chi non
 vede ch'egli incerto e perplesso nel determinarsi
 ad un partito, vacillava ne' suoi principii sem-
 precchè trattavasi di esaminare la quistione me-
 desima? Di ciò ne fa prova quel ch'egli stesso
 dice nel suo comento sulle successioni, publi-
 cato nel 1812, in cui indubitatamente professa
 una contraria teoria. Dopo aver egli ivi esposta
 l'opinione di Grenier, e dopo averla ingegnosa-
 mente coltivata coi suoi vasti lumi, soggiunge:
 » Non dissimulo però, che altri valenti Giure-
 » consulti hanno adottato la opinione contraria.

» In tal guisa la stessa quistione, che pro-
 » mosse tante dispute ne' paesi di dritto scritto,
 » e che fu sì diversamente giudicata dagli an-
 » tichi Tribunali, mette anche oggi in dissen-
 » sione i giureconsulti ed i magistrati!

» Potranno farsi anche oggi, giusta le espres-
 » sioni di Expilly, due armate degli autori che
 » sosterranno le opinioni contrarie!

» Il codice civile avrà lasciato per avven-
 » tura sussistere interamente la difficoltà, mentre
 » potea troncarla con una sola parola!

» Bisognerà deplorare tuttavia con Bretan-
 » nier la debolezza delle leggi umane, e la in-
 » certezza de' giudizi degli uomini!

Ecco un omaggio alla verità ed alla ragione, che anche nel calor della disputa si manifesta in persona del Signor Chabot, per farci conoscere suo malgrado, che le sue contradizioni son figlie dell'incertezza, in cui egli trovavasi tra l'impressione che facevagli la voce della legge, e la spinta cui menavalo il calor della discussione! Ecco come il corifeo e l'antesignano del contrario partito, con tutto l'apparato delle sue forze, manifesta suo malgrado la propria debolezza, per far considerare dubbie ed incerte le sue dottrine, come incerto era lo spirito che dettolle.

Infine i sostenitori del contrario avviso ricorrono all'arresto del 18 Agosto 1818 emesso dalla Corte di Cassazione di Parigi nella causa tra Chantron e Grellet Desprandes, con cui si è confermato una decisione della corte Reale di Poitiers.

Noi confessiamo di buona fede, che questo arresto in uno de' suoi considerando decide in termini precisi, che il dritto degli ascendenti, non formando che una eccezione alla regola generale, dee in conseguenza essere strettamente compreso ne' limiti assegnatigli.

Ma quando mai si è inteso, che un arresto sia sufficiente a stabilir la giurisprudenza? E la stessa Corte di Cassazione con arresto de' 30 Giugno 1817, nell'aver confermata la decisione della Corte Reale di Rouen, non consagrò in uno de' suoi considerando » Attesocchè il dritto di » successione consagrato dall' art. 747. non è » una semplice eccezione alla regola della irre- » vocabilità delle donazioni, ma un dritto speciale fondato sull'equità e su di una tacita

» presunta stipulazione ; che gli ascendenti non
 » hanno avuto in vista, che la di loroposterità e
 » non degli estranei , a favor de' quali non si
 » suppone che abbiano voluto spogliarsi , s' essi
 » hanno il dolore di sopravvivere a' loro figli? »

E nello stesso arresto de' 30 Giugno 1817 non si è consagrato l'altro considerando, che se l'art. 352. Codice Francese (276 *ll. cc.*) accorda all'adottante la successione nelle cose da lui date all'adottato, quando i figli o discendenti di costui morissero senza prole, non potrebbe non annettersi l'istessa regola per l'ascendente donante, ammenocchè non voglia supporri , che il legislatore avesse voluto ricusar lo stesso dritto dell' adottante naturale.

Or di questi due arresti dell' istessa Corte di Cassazione quale meriterà i suffragii della giurisprudenza, quale sarà prescelto per norma de' magistrati? Quello che seconda le affezioni del cuore umano, che ubbidisce al voto della natura, ch'è uniforme alle antiche leggi, alle antiche consuetudini, alle antiche costumanze, infine al dritto Romano, da cui e le costumanze ed il nuovo Codice han tratte le loro disposizioni, oppure l'altra, che tutto sacrifica ad una strana regola di dottrinale interpretazione? Il dotto Delvincourt non sa frenarsi allorchè esamina il tenor dell'arresto de' 18 Agosto 1818., e dopo averlo confutato, con quella profonda dottrina e con quella maschia eloquenza che lo distingue, termina coll' espressioni seguenti, che saranno anche il termine della nostra discussione sull' articolo che ci occupa per dritto Francese. » Speri-
 » riamo dunque, egli dice, che una decisione
 » sfuggita alla Corte di Cassazione, non impe-

» dirà le corti Reali di mantenere una dottrina
 » conforme alla ragione, al buon senso, a' sen-
 » timenti i più naturali all' uomo, e che l' istes-
 » sa Corte, se questa questione se le rappresen-
 » tasse di nuovo innanzi, la sottometta a più
 » maturo e più profondo esame, e riconosca el-
 » la stessa la verità de' principii che abbiamo
 » stabiliti. »

C A P. IV.

Leggi civili vigenti.

Dopo aver dimostrato, che l' avo dotante succede ad esclusione di ogni altro, nella dote costituita a sua figlia, nel caso di premorienza di lei e de' suoi discendenti al dotante, secondo i principii del dritto Romano, del dritto del Regno e del dritto Francese, ci facciamo ora un dovere di esaminar la quistione istessa sotto il rapporto delle leggi vigenti.

Le nuove leggi adottano le istesse disposizioni del dritto Francese, ma con una soggiunta, ch'è ben degna dell' attenzione del Giureconsulto, poichè mena a delle conseguenze legali di grave peso, sia per la forza della soggiunta istessa, sia pel modo con cui è stata redatta.

La prima parte dell' art. 670, si esprime così: » Gli ascendenti succederanno ad esclusio-
 » ne di ogni altro nelle cose da essi date in dote alle
 » loro figlie e discendenti, o altrimenti donate
 » a' loro figli o discendenti morti senza prole,
 » allorchè le cose donate si trovano in ispecie
 » nella eredità. »

Ognun vede una soggiunta al Codice francese nelle parole *date in dote alle loro figlie*

a discendenti: esaminiamo ora il valore di tale soggiunta, ed applichiamo l'esame alla questione che ci occupa.

È a tutti noto, che invalsa per dritto francese la massima *non doti chi non vuole*, surse questione, se la dote dovesse tra le donazioni annoverarsi, oppure essere considerata come un'anticipata successione.

È noto, che dotti scrittori sostennero l'una e l'altra dottrina, fondandosi coloro, che consideravano la dote come donazione, al principio pur troppo incontrastabile per dritto francese, che non essendo nè anco il padre o l'ascendente tenuto a dotar la figlia e nè anco la nipote, sempre come una liberalità dovesse considerarsi la dote da essi costituita.

È noto finalmente, che dopo i lumi sparsi sulla materia dal celebre Nugarede nel suo trattato del matrimonio, la giurisprudenza francese in fatto distinse, come distinguer dovea, la dote costituita dagli ascendenti infra o in conto della legittima, e quella da essi costituita sulla disponibile, oppur qualunque dote costituita dall'estranco, considerando in questi ultimi casi la dote come una donazione, mentrecchè nel primo caso si è considerata come un'anticipata successione.

Queste questioni, cui dava luogo l'art. 204 del Codice francese, rendevansi poco interessanti nell'applicazion dell'art. 747, poichè non essendo l'ascendente tenuto a dotare la figlia o la nipote, dotandola esercitava sempre un atto di liberalità, e faceva sempre una donazione collazionabile e riducibile, a' termini degli articoli 843., 920., ed a cui l'ascendente sempre nella qualità di donante, succedeva in forza del drit-

to accordatogli dall' art. 747. Ma avendo il nuovo codice per lo Regno delle Due Sicilie nell' art. 194. disposto, che la figlia ha dritto di esser dotata dal padre, in difetto dell' avo paterno, quindi dalla madre, surse nel legislatore la necessità di distinguere la dote dalla donazione; e quindi nella redazione dell' art. 670. si è ben il legislatore avvisato di rendere per l' ascendente dotante certo quel dritto, che la giurisprudenza francese rendeva ancor incerto per l' ascendente donante.

Ed in vero, volendo per poco ceder la palma al Signor Chabot, all' arresto della Corte di Cassazione di Parigi de' 18 Agosto 1818., qual' è l' argomento specioso cui essi ricorrono, per negare all' avo donante il dritto di riversione, allorchè la figlia è morta con prole benchè questa fosse ancor trapassata? Sentiamolo dallo stesso Chabot, di cui fedelmente trascriviamo le parole. » Limitandosi l' articolo a dire, che gli ascendenti succedono nelle cose da essi donate » a' loro figli o discendenti morti senza prole, » e la particella *o*, che trovasi tra le parole *figli* » *gli discendenti*, essendo una particella disgiuntiva, non nè segue forse di necessità, che » quest' espressioni *cose donate a' loro figli o discendenti* non possano applicarsi se non a' » figli o discendenti *che sono essi medesimi donatarj*; che non indichino in verun modo » i discendenti di coloro, cui le cose sono state » donate, e che in conseguenza non siano gli » ascendenti ammessi a ripigliare le cose donate, che nelle successioni *de' figli o discendenti donatarj e morti senza prole*, e non » già nelle successioni de' figli de' donatarj, ben-

» chè questi discendenti siano premorti senza po-
 » sterità agli ascendenti donanti?

» Se il legislatore, parlando nell'art. 747
 » (670) delle cose donate, ha soggiunto la pa-
 » rola discendenti a quella di figli, nell' istessa
 » guisa che le avea impiegate entrambe nell' art.
 » 745. (967), lo è stato certamente perchè ha
 » voluto spiegare con chiarezza, che non solo
 » trattavasi delle donazioni fatte dal padre o dal-
 » la madre a' loro figli, ma si trattava ancora
 » generalmente di tutte le donazioni fatte dagli
 » ascendenti ai loro discendenti. Vedi Chabot
 » pag. 49. tom 2

E l' avvocato Loiseau, le di cui conclu-
 sioni furono adottate dalla Corte di Cassazione
 nell' arresto de' 18 Agosto 1818., si esprime co-
 sì: » Sottoponiamo l' art. 747. ad un' analisi
 » grammaticale.

» 1. *Gli ascendenti succedono a l' esclu-*
 » *sione di ogni altro.* »

» Or nel caso in cui il donatario muore
 » con figli questi ne sono i soli eredi, gli ascen-
 » denti non possono succedergli; l' art. 745.
 » (667) è l' unica regola.

» 2. *Essi succedono alle cose donate a'*
 » *loro figli o discendenti.* »

» Dietro la disgiuntiva o, egli è certo che
 » l' ascendente può donare al figlio, al nipote,
 » al pronipote, ma negli uni e negli altri casi
 » egli non succede alle cose da lui donate, se
 » non quando il donatario muore senza poste-
 » rità. Se il medesimo lasci de' figli, un novel-
 » lo ordine di successione si stabilisce, giusta
 » l' articolo 745. (667), ed il dritto della ri-
 » version legale è interamente annientato, così
 » l' art. 732. (655).

Secondo dunque il ragionamento di Chabot, se il legislator Francese nell' art. 747. avesse detto *nelle cose donate a' loro figli e discendenti morti senza prole*, la riverzione non poteva negarsi all' avo donante nel caso della premorienza de' nipoti; e dello stesso modo decide l' arresto de' 18 Agosto 1818, adottando le conclusioni di Loiseau avvocato di Chantron, in favor del quale si è rigettato il ricorso prodotto da Grellet Desprades avverso la decisione della Corte Reale di Poitiers. Un o disgiuntivo decise la sorte di Chantron per la Corte di cassazione; ed un o disgiuntivo determinò il dotto Chabot a non più ondeggiare tra le incertezze in cui avea lo gittato e lo spirito della legge e l' autorità di sommi scrittori, ch' egli non lascia di rispettare.

Or se nelle nuove leggi il Legislatore nell' art. 670. parlando del dritto che hanno gli ascendenti di succedere *alle cose date in dote*, si esprime colle parole *alle lor figlie e discendenti*, sostituendo la congiuntiva e alla disgiuntiva o, mentrecchè parlando dello stesso dritto loro concesso sulle cose donate, ritiene l' espressione del Codice Francese *figli o discendenti*; chi non vede che l' istesso Chabot, che l' istesso arresto de' 18. Agosto 1818. decidono la questione in favor dell' avo dotante, mentre che la risolvono in contrario per l' avo donante?

Noi già confessiamo, che la forza degli argomenti di Delvincourt non ci permette di ascriverci giammai all' opinione di Chabot, o a quella dell' arresto de' 18 Agosto 1818, combattuti altronde da antichi e novelli principj; ma se per poco volessimo ascriverci alla di loro opinione, i nostri avversarj dovranno di buona fede con-

venire, che Chabot e la Corte di cassazione di Parigi coi loro stessi ragionamenti decidono la questione in favor dell'avo dotante, e che se l'uno e l'altra comentato avessero l'art. 670. colla soggiunta fatta all'art. 747, avrebbero a noi risparmiata la pena di scrivere sul proposito lunghe note, come ad essi avrebbero estinta la voglia di pretendere ciò, che nè il voto de' contraenti, nè il voto della natura, nè quello della legge ha potuto giammai attribuirgli.

È antica massima, antichissimo assioma in fatto d'interpretazione, che *cessante ratione legis, et ipsa lex cessat*.

Se l'articolo 204. del Codice Francese, che non rendeva obbligato il padre, l'avo, la madre ad assegnar la dote alla figlia o alla nipote, è stato abrogato coll'art. 194. delle vigenti leggi civili; se l'ordine delle cose, che sotto quel Codice sussisteva più non sussiste; se la disgiuntiva o, che nell'articolo 747 formava il baluardo degli argomenti del Sig. Chabot, più non si vede nell'art. 670. delle nuove leggi parlandosi del dritto di successione alle doti, essendosi sostituita invece la particella congiuntiva e, giustamente possiam invocare l'aforismo del Bacone *cessante ratione legis, et ipsa lex cessat*, e chiamare in nostro soccorso quell'istesso Chabot, e quell'istesso arresto de' 18 Agosto 1818. in sostegno delle ragioni dell'avo dotante.

Questa consulta ha meritato la piena accoglienza del Tribunale Civile di Calabria Citra, il quale con sentenza del 5 Ottobre 1829 ha fatto dritto alle difese del Signor Paolo Mazza avo paterno, ma il Signor D. Francesco Paturso ma-

rito della dotata avendo spinto oltre il giudizio in appello siamo stati nell'obbligo di riassumere e sviluppare con maggior forza i principii esposti nel seguente

S U N T O

Delle ragioni vicendevoli rispettivamente prodotte da D. Francesco Paturso appellante, e D. Paolo Mazza appellato per la soluzione delle seguenti

QUISTIONI DI DRITTO

1. L' AVO MATERNO HA EGLI DRITTO A SUCCEDERE, AD ESCLUSIONE DI OGNI ALTRO, NELLA DOTE DATA ALLA FIGLIA TIZIA, OPPURE ESSENDO RIMASTA SUPERSTITE LA NIPOTE SEJA (BENCHÈ ESSA FOSSE ANCOR TRAPASSATA NEL 1827 VIVENTE IL DOTANTE), ALLA DICOSTUI SUCCESSIONE HA ESCLUSIVAMENTE DRITTO IL PADRE CAJO?
2. GLI ART. 204, 732, 747, DEL CODICE FRAN. SONO STATI ESSI DEROGATI DAGLI ART. 194, 655, 669, 670 LL. CC.? E QUALI SONO GLI EFFETTI DI TALE DEROGAZIONE?

« Per la soluzione della prima quistione »

Il Signor Paturso marito di Tizia padre di Seja predefunta sostiene la negativa pe' seguenti motivi.

» 1. Perchè ne' paesi di dritto scritto più che
 » negli altri regolati dalle consuetudini, la giurisprudenza era incerta nel far dritto alla reversion legale in favor dell' Avo materno quando avesse egli sopravvissuto anche ai figli della figlia dotata, come attesta il Brettonier citato da Merlin alla voce *reversion* nelle sue quistioni di dritto.

» Or in mezzo a tanta incertezza surse l'
 » art. 747 del Cod. Civile col quale restò im-
 » plicitamente abrogata la reversiou legale am-
 » messa dal dritto Romano, e conservata la so-
 » la convenzionale.

Il Signor Mazza Avo Materno sostiene l' affermativa pe' seguenti motivi.

1. Perchè i paesi regolati dal dritto scritto seguivano in tutto e per tutto il dritto Romano il quale ammetteva la reversibilità legale non come una successione irregolare, ma come un dritto inerente all' ascendente dotante *ut quod dedit interum ad eum revertatur*, come si esprime la legge *unica codicis communia utriusque judicij*.

La giurisprudenza era incerta ne' soli paesi consuetudinarj, come osservano il Brettonier sopra Henrys lib. 6. cap. 5. quistione 12, ed il Merlin alle voci *reversion et succession*; ma la giurisprudenza de' Parlamenti di Tolosa, di Bordeaux, di Parigi, di Orleans segul sempre i principii del Romano dritto, perlocchè il Presidente di Lamoignon fece de' voti perchè per tutta la Francia si fosse adottato il principio consagrato dal dritto Romano; ed il celebre Furgole nella quistione 96 sull' ordinanza del 1731, portò avviso che per dritto Francese, come per dritto Romano i beni donati *veluti quodam jure postliminj* ritornar dovessero in qualunque caso *pleno jure* al donante.

Or risulta dal processo verbale delle discussioni, che l' art. 747 del Cod. Fran. non è che una copia letterale degli art. 313 della consuetudine di Parigi, e 315 di quella di Orleans, uniformi in tutto al dritto Romano che i com-

pilatori del Cod. Fran. dichiararono di *non volere alterare per questa parte, poichè i principii in esso consagrati secondano il voto della natura, le affezioni del cuore umano, e la voce della ragione ch'è la misura vivente della giustizia.* Vedi l'esposizione del Consigliere Treillard. nella seduta del 19 Germile anno XI. E Toullier nel vol. 4. n. 243 dice: *non si osserva affatto che i compilatori del Codice abbiano avuta l'intenzione di derogare l'antica giurisprudenza, ed il senso grammaticale dell'art. 747 non è positivamente il contrario.*

« Ragioni del Signor Paturso »

» 2. Perchè l'art. 747 del Cod. Fran. non
 » parla delle cose date in dote, ma semplice-
 » mente di quelle donate ai discendenti dell'u-
 » no o dell'altro sesso. Quindi se il silenzio
 » della legge sulle cose date in dote lascia tut-
 » tora incerta l'antica quistione, l'incertezza re-
 » sterà per la giurisprudenza Francese, ma non
 » per noi che non conoscevamo nè *distinzioni*
 » *di beni*, nè *dritto di riversione nella suc-*
 » *cessione a discendenti.*

Ragioni del Signor Mazza

2. Perchè per dritto del Regno in osservanza tra noi prima del 1809 la riversion legale è stata sempre rispettata in favor dell'avo dotante. Vedi Anton. Tesauro sulla legge *jure succursum ff. de jure dotium*, Antonio Fabro lib. 1. *Conject. juris cap. 16*, Fachinco *controvers. ju-*

ris lib. 3. cap. 71: Che anzi secondo la teorica famigeratissima di Martino in contradizione del Bulgaro accettata nel foro, la giurisprudenza degli antichi Tribunali accordava al Padre dotante il dritto di ripeter la dote profettizia in morte della figlia dotata, *et si adsint liberi ejusdem matrimonij*. Vedi Basta *jus privatum tit.* 37 de *jure dotium* § 14 in nota K.

Era egualmente conosciuta tra noi la distinzione de' beni in *proprij et antichi* ammessa dalle consuetudini *si quis vel si qua*, e dall'altre *si aliquis moriens, et si testator*, la prima delle quali consagrava la massima *paterna paternis, materna maternis*. Vedi Lelio Caputo nel procmio delle consuetudini § 6. de *bonis n.* 7. Provenzale *observ.* 19 n.° 45, Fanzuti *controv.* 33 n.° 34, Damiano Romano *addit.* alla quest. XI. n.° 3. di Molfesio.

Da ciò nasce la conseguenza, che la ragione per cui il dritto Romano e del Regno ammisero la reversion legale espressa nella leg. 6. ff. *de jure dotium*, e 4 *cod. soluto matrim.* sussistendo tuttora sotto l'impero delle leggi vigenti, dee sussistere l'istesso dritto, *ubi eadem juris ratio, ibi eadem juris dispositio*.

È falso poi, che il silenzio del dritto Francese sulle cose date in dote lasciasse incerta l'antica quistione sulla reversibilità legale che sussisteva ne' paesi consuetudinarj, perchè si sa che in Francia i genitori non aveano l'obbligo di dotar le figlie, giusta la massima *non doti chi non vuole*, per lo che la dote costituita da colui al quale si avea dritto di succedere entro i limiti della legittima era un'anticipata successione. Costituita dall'estraneo, era una vera dona-

zione, come ha dimostrato Nugarede nel suo trattato del matrimonio, oltre tanti altri commentatori dell' art.º 204 cod. fran.

« Ragioni del Signor Paturso »

» 3. Perchè il senso letterale dell' art. 747
 » favorisce la causa del Padre di Seja, poichè il
 » ritorno della dote in favore del dotante non
 » comprende altro easo se non quando la discen-
 » dente dotata muore senza prole, ciò ch' è co-
 » sì vero che ai termini dell' art. 1576 di quel
 » Codice la restituzion della dote è dovuta alla
 » donna o ai suoi eredi, escludendo ogni dritto
 » del dotante sia quando la figlia lasciasse pos-
 » terità, sia quando fosse morto il figlio della
 » figlia.

Ragioni del Signor Mazza

3. Perchè il senso letterale dell' art. 747 del cod. Fran. favorisce le pretese dell' avo dotante. In fatti il dirsi *gli ascendenti succedono ad esclusione di tutti gli altri nelle cose da essi donate ai loro figli o discendenti morti senza prole*, esprime lo stesso senso letterale che se si dicesse *gli ascendenti succedono alle cose da essi donate ai loro figli o discendenti qualora senza prole i figli o discendenti sien morti*, come si esprime il dotto Toullier tom. 4. n.º 243.

L' art. 1576 poi di quel Codice non può somministrare alcun argomento in favore del Signor Paturso, perchè la riversion legale essendo stata dalle nuove leggi convertita in successione Anomala, l' Avo dotante è un crede irregolare

della figlia dotata e della nipote premonita in esclusione di qualunque altro erede regolare, giusta gli art. 669, 670 ll. cc. perlocchè l' art. 1576. Codice francese uniforme all' art. 1377. leggi civili nell' aver detto che dopo sciolto il matrimonio per la morte del marito la dote si restituisce alla donna o suoi eredi, ha inteso parlare di quell' erede irregolare ch' esclude l' erede regolare nel caso previsto dall' art. 670.

« Ragioni del Signor Paturso »

« 4. Perchè l' art. 747 è stato interpretato » favorevolmente al Padre di Seja dal Signor » Merlin nel suo repertorio alla voce *reversion* » sez. 1. art. 2. num. 2. alla voce *sucession* » sez. 1. §. 2. art. 5. alla voce *reserve* sez. 2. §. 2. num. 6., e dell' istesso modo è stato » interpretato del pari. da Grenier, e Chabot » nel suo trattato delle successioni art. 747. Il » solo Maleville sostiene la contraria opinione, » la quale per altro è manifestamente erronea.

Ragioni del Signor Mazza

4. Perchè Merlin ne' luoghi sopra citati non si occupa punto della specie in esame, ma sibbene della quistione se un figlio concepito fuori del matrimonio nel momento in cui si è aperta la successione di uno de' suoi parenti collaterali acquista dritti alla successione medesima per effetto della legittimità di cui lo ha investito il matrimonio prima della sua nascita, come si è dimostrato nella risposta alla memoria dell' Avvocato anonimo Napolitano in difesa del Signor Paturso.

Il Barone Grenier è incerto nell' opinione che professa, confessando ch' egli non è stato sempre dell' istesso avviso.

Chabot è in contradizione con se medesimo, poichè egli incerto e perplesso nel determinarsi ad un partito, vacillava ne' suoi principj, e mentre nel suo *commento sulle successioni* pubblicato nel 1812 sostiene l' opinione favorevole all' erede de' figli della donataria, *nel quadro della Legislazione sulle successioni* pubblicato contemporaneamente al Codice, alla cui discussione ebbe parte, professa una opinione contraria.

Per l' opposto l' interpretazione favorevole all' avo dotante vien sostenuta da Pothier trattato delle successioni cap. 2. Riccard delle donazioni parte 3. num. 780, Ferrier sull' art. 313 della costumanza di Parigi, Le Brun delle successioni lib. 2. cap. 5. sez. 2. num. 33 e 34, Pandette Fran. tom. 8. pag. 56, il Presidente Maleville sull' art. 747, in fine dal dotto Delvincourt, dal famoso Decano di Parigi, il quale nel lib. 3. tom. 4. nota 57 combatte con eloquenza inimitabile, e con profondità di dottrina le contrarie opinioni del Barone Grenier, e del Signor Chabot.

« Ragioni del Signor Paturso »

» 5. Perchè finalmente la giurisprudenza è
 » stata fissata in favor del padre di Seja dall'
 » arresto della Corte di Cassazione di Francia
 » del 18 Agosto 1818 nella causa tra Chantron
 » e Desprades che ne impose all' istesso Toullier
 » sostenitore de' dritti dell' Avo dotante.

5. Perchè un arresto non è mai sufficiente a stabilir la Giurisprudenza, e specialmente quando esso si oppone alla lettera ed allo spirito della legge *Legibus, non exemplis judicandum*.

Altronde l'istessa Corte di Cassazione con arresto del 30 Giugno 1818 rapportata dal Signor Delvincourt nel tom. 4. lib. 3. nota 57 consacra una massima perfettamente contraria in uno de' suoi considerando espresso ne' seguenti termini: *Atteso che il dritto di successione consagrato dall' art. 747 non è una semplice eccezione alla regola dell' irrevocabilità delle donazioni, ma un dritto speciale fondato sull' equità e su di una tacita presunta stipulazione, che gli ascendenti non hanno avuto in vista che la dilorò posterità; e non gli estranei a favor de' quali non si suppone che abbiano voluto spogliarsi, se essi hanno il dolore di sopravvivere ai dilorò figli.*

In fine quell' arresto trascrivendo letteralmente uno degli argomenti del Signor Chabot in uno de' suoi considerando consacra. *Gli ascendenti succedono alle cose donate ai loro figli o discendenti: dietro la disgiuntiva o egli è certo che l' ascendente può donare al figlio, al nipote, al pronipote, ma negli uni e negli altri casi egli non succede alle cose da lui donate se non quando il donatario muore senza posterità. Se il medesimo lascia de' figli, un novello ordine di successione si stabilisce, giusta l' articolo 745 (667) ed il dritto della reversion legale è intieramente annientito; così l' art. 732 (655).*

Or se l'art. 670 delle nuove leggi cangiano la dizione dell'art. 747 Cod. Fran., alla disgiuntiva o sostituisce la congiuntiva e parlando della riversion della dote, *gli ascendenti succederanno ad esclusione di ogni altro nelle cose da essi date in dote alle loro figlie e discendenti*, è chiaro che l'istesso argomento che forma il Baluardo della contraria opinione del Signor Chabot, e dell'arresto del 18 Agosto 1818 può invocarsi in sostegno delle ragioni dell'avo dotante.

« Ragioni del Signor Paturso »

» 6. Perchè l'art. 747 Cod. Fran. non è
 » applicabile alle donazioni fatte ai termini degli
 » art. 1082, 1084, 1086 del codice istesso 1038,
 » 1040 1044 ll. cc. In tutt'i casi contemplati
 » negli articoli enunciati il dotante non riprende
 » le cose donate come erede, ma le riprende
 » perchè le donazioni son divenute caduche ai
 » termini dell'art. 1089 Cod. Franc. (art. 1044
 » ll. cc.), senza che i figli del donatario potes-
 » sero esser considerati anche essi come donata-
 » ri, siccome osserva il Signor Chabot tom. 2.
 » pag. 73. Secondo il ragionamento del Tribu-
 » nale, l'art. 670 sarebbe in manifesta antino-
 » mia coll'art. 1044 ll. cc.

Ragioni del Signor Mazza

6. Perchè sia dritto di caducità, sia dritto di riversione, sia infine dritto di successione quello che attribuisce i beni al donante nel caso previsto dagli art. 1082, 1084, 1086 Cod. Fran.

(1038, 1040, 1044 ll. cc.) il Legislatore si è determinato a stabilire il ritorno de' beni al donante per la ragione che adduce l'istesso Chabot, cioè: *perchè la donazione divien caduca per la premorienza di tutt' i donatarj*, con che Chabot suo malgrado riconosce che tutt' i discendenti dello stesso donatario ai sensi degli articoli 1082, 1084, 1086, (1038, 1040, 1044) sono donatarj essi pure, perchè chiunque dona ad una persona che intende beneficiare, non intende donare solamente al donatario diretto, ma anche alla sua posterità.

Or se (secondo l' opinione di Chabot improntata dal Signor Paturso) son reputati donatarj i discendenti del donatario in una donazione fatta ad un estraneo, non devesi dire altrettanto allorchè la donazione vien fatta dall' ascendente il quale nel marito di sua figlia, nel padre di sua nipote ravvisa un oggetto di odio, d' indignazione, di raccapriccio allorchè si verifica la perdita della sua posterità che intese esclusivamente di contemplare colla donazione? Ma l' art. 670 non è punto in antinomia coll' art. 1044 perchè essi contemplanò casi diversi (1).

(1) L' art. 1044 ll. cc. (1089 cod. Fran.) lungi dall' essere in manifesta antinomia coll' art. 670 ll. cc. (747 cod. Fran.), conferma anzi la teoria in detto articolo espressa.

Ed in vero l' art. 1044, (1089) dice che le donazioni fatte ad uno degli sposi ai termini degli art. 1038, 1040, (1082, 1084,) diverranno caduche, se il donante sopravvive allo sposo donatario ed alla dilui discendenza. Or l' art. 1038, (1082) si occupa delle donazioni de' beni che il donante ascendente, collaterale ed estraneo lascerà in tempo di sua morte; e l' art. 1040

» 7. Perchè niun argomento può trarsi in favore dell' Avo donante dall' art. 352 Cod. Fran.
 » (276 ll. cc.) perchè la succession privilegiata accordata in favor dell' ascendente adottante è consona alla giustizia, mentre se la

(1034) si occupa delle donazioni cumulative de' beni presenti e futuri: ed ognun sa che in tali donazioni fino all' epoca della morte del donante, il donatario non ha acquistato sulla proprietà de' beni alcun dritto trasmissibile a' suoi eredi, perlocchè s' egli muore senza figli la donazione non si risolve, ma si caduca.

Toullier tom. 5. num. 857 parlando delle donazioni cumulative di beni presenti e futuri si esprime così: *fino all' epoca della morte del donante, il donatario non ha alcun dritto acquistato alla proprietà de' beni, alcun dritto trasmissibile a' suoi eredi, e se muore senza figli, la donazione non è risolta, imperciocchè non è esistita; essa è caduca, cioè priva del suo effetto, e considerata come non avendo mai avuto esistenza.* E parlando delle donazioni de' beni che il donante lascerà alla sua morte lo stesso Scrittore nel num. 833. tom. 5. dice: *Come nelle donazioni per causa di morte, sempre soggette alla condizione di sopravvivenza, il donatario non è posto in possesso della proprietà se non alla morte del donante. Prima di questo tempo non ha dritto stabilito; non ha se non una speranza che non è trasmissibile a' suoi eredi, perchè è soggetta alla condizione della sopravvivenza; essa svanisce, e la donazione diviene caduca, se il donante gli sopravvive art. 1089 (1044).*

Delvincourt nelle note 393, 399, lib. 3. tom. 4. e Maleville sull' art. 1089 professano l' istessa dottrina, e le Pandette Francesi tom. 11 num. 490 dicono. *Il donatario ed i suoi discendenti premorti ne' casi previsti dagli art. 1082 1084 (1038 1040) non hanno avuto giammai proprietà alcuna de' beni donati.* Vedi finalmente Merlin alla voce *institution contractuel* § 12:

« cosa andasse altrimenti (dice Chabot pag. 77
 » tom. 2. da cui il Signor Paturso ha impron-
 » tato l'argomento) i beni passerebbero per in-
 » tero agli estranei:

Ragioni del Signor Mazza

7. Perchè nel caso contemplato dall'art. 747 Cod. Fran. (art. 671 ll. cc. se l' ascendente naturale dotante non si ammettesse a succedere alla nipote premorta a lui dopo la premorienza della figlia, i beni donati passerebbero ugualmente agli estranei, cioè al marito della figlia dotata premorta in esclusione dell'avo dotante, che invertendo l'ordine della natura sopravvive alla sua discendenza, e che desolato per la perdita della sua posterità, sarebbe dalla legge minacciato di maggior desolazione colla privazione di quei beni di cui non è privo l'avo adottante. Or non sarebbe questo il caso di accordarsi un maggior favore, un favore irragionevole ed ingiusto all'adozione ch'è una finzione della legge anzicchè al vincolo del sangue ch'è l'opera della natura?

Così l'art. 1044 (1089) stabilisce la massima che le donazioni di beni futuri o cumulativamente di beni presenti e futuri essendo soggette alla condizione sospensiva della sopravvivenza del donatario e della sua discendenza si caducano se il donante sopravvive, perchè pria di verificarsi tal condizione la donazione non era perfetta. Per l'opposto l'art. 670 (747) stabilisce l'altra massima, che nelle donazioni de' beni presenti, e nella Costituzione della dote, ove la proprietà si trasmette alla donataria, ed alla dotata, l'ascendente donante o donante non riprende i beni *jure caducitatis*, ma succede in esclusione di ogni altro, quando premuore la donataria, la dotata, e la sua discendenza.

» 8. Perchè in fine è una gran quistione se
 » il denaro ed il credito dotale possa dirsi com-
 » preso nel ritorno voluto dall' art. 747 Cod.
 » Fran. (670 ll. cc.), poichè ivi si parla di
 » cose date in dote allorchè si trovino in ispecie
 » nell' eredità: ivi si parla del prezzo che po-
 » trebbe essere dovuto , e dell' azione a ricupe-
 » rarlo , e punto non si parla di danaro e di
 » credito.

Ragioni del Signor Mazza

8. Perchè la voce *res* esprime tutto ciò che serve all' uso ed al comodo dell' uomo , purchè non sia nè azione nè persona, ai sensi delle leggi 1. ff. *de statu hominum* , e 3. ff. *de verbor. significat.*

Si consulti l' art. 439 ll. cc. e si vedrà che la voce generica *cose* comprende tanto i beni mobili, che immobili, per cui la voce istessa adoperata dall' art. 747 Cod. Fran. (670 ll. cc.), nel suo significato legale assoggetta al dritto di ritorno non meno gl' immobili costituiti in dote, che i mobili ed i crediti che sono pure mobili nel senso della legge.

Delvincourt tom. 4. nota 55, Toullier tom. 4. num. 245, le pandette Francesi, e Maleville sull' art. 747 Cod. Fran. gli Autori del nostro Commentario sull' art. 670 ll. cc., in fine l' istesso Chabot tom. 2. num. 22 pag. 121 e seguenti, ch' è la guida ed il baluardo delle difese del Signor Paturso, tutti uniformemente confermano questa dottrina.

« Per la soluzione della seconda quistione »

» Il Signor Paturso sostiene la negativa pò
 » seguenti motivi.

« Razioni del Signor Paturso »

» 1. Perchè la donna col Cod. Fran. non
 » avea dritto di dimandar la dote, mentre che
 » questo dritto le viene accordato dall'art. 194
 » ll. cc.

» Nel Cod. Fran. la successione agli ascen-
 » denti si divide per linea art. 746 nelle nostre
 » leggi civili (art. 668 699) il genitore su-
 » perstite esclude l'avo materno, e l'avo e l'
 » ava non son chiamati che in mancanza di ge-
 » nitori

» Nel Cod. Fran. l'art. 747 non era una
 » eccezione alla regola di successione, nè ivi si
 » parlava *delle cose date in dote*, mentre che
 » nel codice vigente l'art. 670 fa una eccezione
 » alla regola di successione, come risulta dalle
 » espressioni dell'art. 669, salvo ciò ch'è dispo-
 » sto nell'articolo seguente.

» In fine il nostro art. 670 aggiunge *gli*
 » *ascendenti saran tenuti a contribuire al*
 » *pagamento de' debiti.*

» Risulta da tutto ciò: 1. Che la legge ha
 » oggi stabilita una stessa misura *per le cose*
 » *donate e per quelle date in dote*: 2. Che
 » ciò maggiormente risulta dal riflettersi che og-
 » gi la dote è un debito dell'ascendente trasmi-
 » sibile all'erede: 3. Che per tal motivo l'
 » ascendente dotante ammesso al favor del ri-
 » torno, è tenuto al pagamento de' debiti con-
 » templandosi in lui la qualità ereditaria: 4. Che
 » in fine l'art. 670 come disposizione di ecce-

» zione non può estendersi ad altri casi non con-
 » templati, e che cogli art. 668 e 669 ll. cc.
 » si è stabilita una regola di successione diver-
 » sa da quella dell'art. 746 cod. Fran. intro-
 » ducendosi nuovamente la regola della novella
 » 118 ch'era in osservanza nelle Provincie del
 » nostro Regno, che non ammetteva distinzione di
 » beni, e la nostra antica giurisprudenza che
 » non conosceva rversion legale.

Per la soluzione della seconda quistione

Il Signor Mazza sostiene l'affermativa pe'
 seguenti motivi.

Ragioni del Signor Mazza

1. Perchè gli art. 214, 732, 747 cod. Fran. sono stati derogati dagli art. 194, 655, 670 ll. cc. in grazia delle pretese dell'avo dotante.

In vero il dritto di pretendere una dote che la legge accorda alla figlia coll'art. 194 ll. cc. in contradizione del dritto Francese art. 204 prova, che se mai dubbio alcuno potesse elevarsi per contendere all'avo dotante la rversion legale, la derogazione fatta dal nostro Legislatore al dritto Francese ed il ritorno agli antichi principi fissati dalla leg. 6. ff. *de jure dotium*, e 4. cod. *soluta matrim.* basterebbero a distruggere tali dubbj essendo pur troppo nota la massima che *ubi eadem juris ratio, ibi eadem legis dispositio*.

La successione per linea ammessa dall'art. 746 cod. Fran. nè giova nè nuoce alle pretese dell'avo dotante, perchè la successione irregolare ed anomala non ha alcun rapporto colla successione regolare in diverso modo determinata dall'art. 746 cod. Fran., e 668, 669 ll. cc.

La soggiunta fatta nell' art. 670 ll. cc. che *gli ascendenti saranno tenuti a contribuire al pagamento de' debiti*, non è che una spiega di ciò ch' era stabilito dalla giurisprudenza Francese, poichè l' ascendente come erede irregolare non era stato mai dispensato dal contribuire al pagamento de' debiti (1).

L' altra soggiunta *gli ascendenti succederanno ad esclusione di ogni altro nelle cose da essi date in dote alle loro figlie e discendenti*, è una conseguenza della disposizione derogatoria al dritto Francese contenuta nell' art. 194 ll. cc., ed altronde la congiuntiva *E* sostituita alla disgiuntiva *O* dall' art. 747 cod. Fran. allorchè si parla della successione privilegiata delle cose date in dote, dimostra che il Legislatore avendo restituito agli ascendenti l' obbligo di dotare le figlie, coll' art. 194 volle per sempre eliminare le incertezze della Giurisprudenza Francese fondata sulle opinioni del Signor Chabot, e dell' arresto del 18 Agosto 1818 che unicamente si sostenevano sul baluardo della disgiuntiva *O*.

In fine mentre l' art. 732 cod. Fran. san-

(1) Si consulti sul proposito Del-Vincourt tom. 4. nota 47, Toullier tom. 4. num. 236, Grenier tom. 3. num. 598. Il traduttore del Signor Grenier in una nota del vol. 3. num. 593 saggiamente osserva l' art. 670 delle ll. cc. che corrisponde a quello del codice testè riportato, per evitare ogni dubbio intorno al pagamento dei debiti. Ha soggiunto, in fine del 2. §. le seguenti parole. *Saranno però tenuti (cioè gli ascendenti) a contribuire pel pagamento de' debiti La soggiunta dunque dell' art. 670 lungi dallo stabilire un nuovo dritto non è che una spiega del dritto già stabilito.*

zionava la legge non considera nè la natura nè l'origine de' beni per regolare la successione; l'art. 655 ll. cc. sanziona in vece: *la legge non attende l'origine de' beni se non ne' casi espressi negli art. 670, 681 ll. cc.*

Risulta da tutto ciò: 1. Che avendo la nuova legge sostituita la congiuntiva *E* alla disgiuntiva *O* parlando della successione *anomala* del dotante alla dotata e sua discendenza, volle allontanare tutte le incertezze della giurisprudenza Francese: 2. Che ciò maggiormente risulta dal riflettersi che a differenza del dritto Francese, oggi la dote è un debito dell' ascendente come lo era per dritto Romano ai termini della legge 6. ff. *de jure dotium*, e 4. cod. *soluta matrim.* e come lo era per dritto del nostro Regno, perlocchè è ben ragionevole che all' ascendente cui si rinnovarono i pesi impostigli dalla antica Legislazione, si fossero ancora rinnovati i vantaggi che la Legislazione istessa accordavagli: 3. Che l' ascendente dotante e per dritto Francese, e per dritto vigente è stato ed è tenuto al pagamento de' debiti, essendo ciò una conseguenza della qualità di successore irregolare che le nuove leggi gli attribuiscono *alle cose date in dote*, a differenza del dritto Romano che glie li attribuiva *quodam jure postliminj*, e per semplice dritto di reversibilità legale: 4. Che la disposizione dell' art. 670 come disposizione di eccezione si circoscrive ne' limiti fissati dagli art. 655, 669 ll. cc., l' ultimo de' quali inalza una barriera tra la successione regolare, e la irregolare, o l' anomala, di cui cogli art. 670, e 681 si determinano l' estensione, la natura, i confui, e la durata.

In tal modo il nostro saggio Legislatore col-

le derogazioni fatte agli articoli 204, 732, 747 del cod. Fran. si è studiato di bandire dal foro quelle incertezze che contrariavano le affezioni del cuore umano, determinando con stabili norme quella distinzione di beni che era riconosciuta nel nostro Regno dalle consuetudini *si quis vel si qua, si aliquis moriens, etsi testator*, e quella riversione legale che il dritto del Regno in omaggio del dritto Romano ha omai sempre rispettato, comunque il Signor Paturso asserisse il contrario, senza giustificare in alcun modo la sua assertiva.

CONCHIUSIONE

Dietro il prospetto delle vicendevoli ragioni dell'appellante, e dell'appellato, il saggio ed imparziale Magistrato decida ora a chi de' due contendenti assista giustizia, e ragione.

Queste cose noi scrivevamo nel 1830.

Comunque forti nel nostro convincimento sulle esposte teorie, diffidando de' nostri lumi eravamo sempre incerti della nostra opinione perchè non potevamo chiarirla coll' autorità di qualche arresto di Corte Sovrana, o co' ragionamenti di qualche illustre Comentatore delle nuove leggi.

Finalmente i nostri voti sono stati compiuti, poichè il sommo Giureconsulto signor Consigliere Agresti nel fascicolo 2.^o vol. 8.^o della sua raccolta delle Decisioni, pubblicato in Aprile 1839, confutando una Decisione della prima Camera della Gran Corte Civile di Napoli del 22 Luglio 1836 pag. 186 a 187, conferma le teorie da noi esposte nei seguenti termini.

» Chi dona, annuncia a prò del donatario una affezione che si estende anche alla di costui prole; non così però ad eredi estranei. »

» Il donatario può non aver figli e mancare: può anche aver figli, e possono costoro premorire al donante, mancando o prima o dopo del donatario istesso. »

» In ciascuna di tali ipotesi, pel donante è ugualmente dolorosa la perdita del donatario a lui caro e de' di lui figli; massimamente in linea discendentale. »

» E la legge, ben lungi di aggravare il dolore di questa doppia perdita col cordoglio non lieve del passaggio de' beni donati in mani straniere, procura invece, col ritorno de' medesimi beni, un alleviamento dovuto all'animo del donante: non rende più grave il suo lutto. È questo il fondamento della riversione legale; nè saprebbe immaginarsi che la legge benefica, al donante più afflitto per la doppia morte del donatario e della prole, la cui esistenza poteva temperare almeno il suo dolore, ricusi crudelmente quel sollievo istesso, che prodiga a ragione, in circostanze meno tristi, ad altro donante anche meno addolorato. »

» L'idea del ritorno de' beni per la premorienza de' donatarij è fissa comunemente nell'animo di chi dona; e la legge stabilisce il diritto di riversione, meno per suo beneficio speciale, che qual interprete del voler naturale degli adottanti e de' donatori; in modo che le clausole corrispondenti, insite nella mente de' disponenti, debbonsi aver come scritte anche nel silenzio dell'atto, al pari di ogni altra simile clausola legale. »

» Perdono quindi tutta la loro forza le considerazioni della trascritta decisione. »

» Nel citato articolo 176, come nell' altro articolo 1044, la legge non ha ristretto già il diritto di riverzione a' soli casi che vi sono contemplati: ma bene all' opposto ha ivi spiegato ed espresso un sentimento generale, ne' termini additati di sopra, e quindi il pensiero comune dell' adottante e de' donanti; e lo stesso articolo 670 deve interpretarsi nel senso dello spirito di detti due articoli: non deve accusarsi il legislatore di avere sconosciuto in un caso i movimenti del cuore umano, che in casi affini ha opportunamente seguiti. »

» Il detto articolo 670 succede agli art. 668 e 669 in ordine numerico; ma la disposizione che racchiude, ben lungi dall' essere circoscritta ne' loro istessi limiti, stabilisce in vece, per le cose date in dote o donate, un' ampliazione di diritto a prò degli ascendenti, da cui sono derivati il dono o la dote, valori un tempo di loro dominio, e da essi donati unicamente nel favore della loro discendenza. »

» È evidente che se uno fosse il diritto degli ascendenti, tanto per i beni provvenuti da essi medesimi, quanto per i beni di dritto proprio de' di loro discendenti, in caso di premorienza di costoro, la disposizione dell' articolo 670 resterebbe vuota di effetto. »

» Adunque, per i beni proprj de' nipoti in linea retta, l' avo non succederà se non in difetto di ambo i genitori del nipote defunto. Premorendo quindi il figlio, padre del nipote, e mancando dopo questo nipote istesso, superstite tuttavia l' avo, ma superstite anche con lui l' altro genitore, succederà questi e non l' avo. »

» Per l' opposto, per i beni provvenienti dal-

l'avo, per costituzione di dote o per donazione, verificandosi lo stesso ordine di mortalità, sia il genere sia la nuora succederà solo ne' beni proprj del figlio o della figlia: preleverà l'avo la dote o il dono di sua proprietà originaria. »

» Tale è il senso dell'articolo 670. Nè, come si è mal supposto nella decisione, allorchè vi si è osservato che i figli del donatario per regola non sono compresi nella donazione, vien stabilito già in quell'art. istesso che gli ascendenti succederanno soltanto a' figli o discendenti che abbiano la qualità di loro donatarj; ma vi è espresso bensì il diritto degli ascendenti alle cose donate; poichè letteralmente è scritto, che succederanno essi a' figli o discendenti, non già come loro donatarj, ma nelle cose date in dono a' figli o a' discendenti, cioè nelle cose donate sia agli uni sia agli altri, e non limitatamente nel caso che siano tutti donatarj, come compresi ugualmente nella donazione. »

» La considerazione della legge è sempre in ragione del dono; e la disposizione particolare di legge, che la decisione suppone non esistente, è scritta appunto in detti articoli 670 e 1044.

» In fine, ammesso anche che il ritorno convenzionale, stipulato nel caso di morte del donatario senza prole, non racchiudesse in uno il caso anche più grave della successiva morte del donatario e della prole, vivente tuttavia il donante; resterebbe sempre vero che, per la stipulazione della riversione convenzionale più ampia ne' suoi effetti, non decade certo il donante dal beneficio assai meno esteso della riversione legale, che lascia al donante non altro se non i valori di cui il donatario non abbia disposto, nè in vita nè in morte. »

» E notisi quì di passaggio che la riversione legale è stabilita in materia di successione legittima, la quale non ha luogo, se non in mancanza di testamento; come ancora che, salvo disposizioni contrarie, ogni donatario è libero disponente de' beni donati, e la riversione legale riguarda, come si è detto, soltanto l'ordine successorio legittimo. »

» È vero che, parlandosi in detto articolo 670 solo di alienazioni e di debiti, e non di disposizioni testamentarie, pare con ciò che venga frenato il diritto dell'ascendente da' soli atti tra vivi, non convenendo ad atti di ultima volontà i termini di alienazione e di debiti; ma è pur vero altresì che l'articolo non esprime la nullità di disposizioni testamentarie relative a' valori donati, nè letteralmente, nè pel luogo che occupa nelle materie trattate nelle leggi civili; ed è anche molto probabile che si sia parlato e di alienazioni e di debiti in materia di riversione legale, in contrapposizione di ciò che è stabilito per la riversione convenzionale, che opera il ritorno de' beni liberi da ogni peso e vi comprende anche i fondi alienati. »

» Nè vale in contrario, su questo punto, la disposizione dell'art. 1044, che dichiara caduche, cioè inefficaci e pienamente risolte le donazioni eseguite a' termini degli articoli 1038 e 1040. In quei due articoli si parla limitatamente di beni che si lasciano in tempo della morte del donante, e non già de' beni che si siano trasferiti prima di questo evento al donatario; e quindi, secondo una tal disposizione, non è se non al punto in cui manchi il donante, che il donatario può acquistare il dominio del dono; e la

sua premorienza il risolve. Bene all' opposto, nelle donazioni comuni, il dominio passa al donatario in vita, e per conseguenza irrevocabilmente, articolo 814 LL. CC. »

QUISTIONI

1. UNA DONAZIONE FATTA IN CONTEMPLAZIONE DI FUTURO MATRIMONIO È ELLA VALIDA ALLORCHÈ MANCA L' ACCETTAZIONE NONCHÈ LA LETTURA ALLE PARTI IN PRESENZA DEI TESTIMONII?
2. NELLA NEGATIVA PUÒ RATIFICARSI E CONFERMARSI CON POSTERIORE TESTAMENTO DEL DONANTE?
3. PUÒ DIRSI VOLONTARIAMENTE ESEGUITA PER PARTE DEGLI EREDI DEL DONANTE MEDIANTE L' ANNOTAZIONE FATTA ALL' EPOCA DELLA MORTE DEL DONANTE MEDESIMO?
4. INFINE I VOLUTI DONATARI POSSONO CONSEGUIRE LA DONAZIONE CONSIDERANDOSI QUALI LEGATARI DEL DONANTE PER EFFETTO DEL DI COSTUI TESTAMENTO?

A queste quistioni ha dato luogo la seguente specie.

D. Vincenzo Abate Galizia diligente custode di non picciolo patrimonio dei suoi maggiori seppe colla sua industria, colla sua economia e forse anche a forza di privazioni penose accrescerlo in modo da destare la gelosia de' suoi concittadini. Privo di discendenti ed ascendenti il suo ricco retaggio alimentava le speranze ed i timori de' suoi fratelli e nipoti che studiavansi i mezzi di compiacerlo onde meritare gli effetti della sua liberalità.

In Settembre 1814 i nipoti Francesco Galizia e Rocco La Terza fecero conoscere al vecchio Zio il loro progetto di unirsi rispettivamente in matrimonio colle Sig.^e Elisabetta e Maddalena la Terza, ed ei s' indusse a far loro do-

nazione di D. cinquantamila in contemplazione di tali matrimonii futuri, ma la donazione non fu letta alle parti ed ai testimonj nè fu accettata e trascritta.

A 17 Ottobre 1823 il vecchio Abate colpito da morbo letale fece il suo testamento col quale confermando la donazione dei 16 Settembre 1814 in favor di Francesco Galizia e Rocco La Terza istituì eredi nell' altra metà dell' asse Giuseppe, Pietro, Luigi Teodora, Chiara ed Angela Galizia.

Morto l' Abate, a 10 Novembre 1823 tutti i suoi eredi presuntivi, ad oggetto di evitare le quistioni che preparavansi sulla ripartizione dell' asse ereditario s' indussero a formare un' annotazione dei beni che non fu terminata.

Sugli esposti fatti promosso giudizio presso il Tribunale Civile di C. C. per parte degli eredi affidati al nostro patrocinio, noi abbiám ragionato nel seguente modo sulle quistioni proposte.

SULLA 1.^a QUISTIONE

La donazione de' 16 Settembre 1814 è ella valida innanzi agli occhi della legge?

§. 1. È ormai indubitato che l' antico dritto Romano pria di Costantino non distingueva le donazioni a contemplazione di matrimonio dalle donazioni semplici. Questo Imperatore per la prima volta le assoggettì alla condizione *si nuptiae fuerint sequutae* come rileviamo dalle leggi 21, 41, 68 ff. *de jure dotium* l. 4. ff. *de pactis* l. 15 cod. *de donat.* L. 10. e 19 ff. *cod.*; ma esse non godevano di alcun privilegio,

nè in quanto alla forma nè in quanto agli effetti (1); i figli non succedevano *ex propria persona* ne' beni donati perchè incapaci di ricevere per donazione non essendo ancora concepiti l. 12 ff. *de liber. et postum.* l. 1. cod. *de haered. instit.* l. 6 e 7 ff. *de suis et legit. haered.*, e niun patto potevasi nelle donazioni comprendere sulle successioni future sia degli stessi congiugi fra loro, sia de' terzi verso di essi, essendo in ogni caso i patti successorj riprovati e proscritti dal Romano dritto l. 29 e 30 ff. *de donat.* l. 1. ff. *de haered. vel act. vend.* 15, 19 e 16 cod. *de pactis* (2).

Siffatte donazioni adunque considerandosi come semplici donazioni *ob causam* erano invalide senza l'accettazione giusta. Le l. 19 ff. *de donat.* l. 10 ff. *eod.* l. 69 e 156 ff. *de reg. jur.* l. ult. Cod. *de revocand. donat.* eran soggette come tutte le altre all'insinuazione l. 36. Cod. *de donat.*; e doveansi redigere nella forma ordinaria dagli uffiziali pubblici incaricati di attribuire agli atti il carattere di autenticità (3).

(1) Ved. il Cardinal De Luca cap. 7. *de donationibus.*

(2) *Pacta, aliosque contractus de tertii viventis haereditate inita, si forte ad paciscentes eadem perveniret, tanquam odiosa, plena tristissimi ac periculosi eventus, tum contra bonos mores habenda.* l. ult. Cod. *de pact.*

(3) Per dritto Romano colle novelle 44 e 47 e colle leg. 17 Cod. *de fide Instrum.*: si è stabilito, che gli atti pubblici dovean redigersi in forma solenne da un pubblico uffiziale, come il Notaio, o il sostituto approvato a *Magistratu census* in Roma, *et a difensoribus civitatum* nelle provincie; che dovesse inserirsi in protocollo, ed enunciarsi il giorno, mese, anno, il luogo del-

§. 2. Questa legislazione fu rigidamente osservata tra noi finchè il regno non divenne conquista de' Longobardi. Costoro ad imitazione di tutt' i popoli di Germanica origine testavano o per dir meglio trasmettevano l' eredità per *Thingem Coram Gissilibus*, e l'atto era irrevocabile (menocchè per sopravvenienza di figli, o per vizio d'ingratitude) trasferendo al donatario, o erede istituito la proprietà; salvo l'usufrutto a favore dell'istituente, vita sua durante. Ved. Grozio in *Syll. ad historiam Goth.* e l. *Long.* lib. 2. tit. 15. l. 15.

Allora surse la distinzione tra patti *dispositivi*, *acquisitivi*, e *renunciativi* ammessi solamente ne' contratti di matrimonio; ed allora per la prima volta le donazioni a contemplazione di matrimonio han potuto comprendere l' eredità del donante irrevocabilmente trasfusa al donatario senza intanto togliere al primo uè il godimento de' beni donati, nè il dritto di alienazione in caso di bisogno. Esse assunsero in quell' epoca un carattere particolare, furono dispensate dall'obbligo dell' insinuazione. *Novella* 119, e 117, ed i figli nascituri considerandosi

la stipula; che dovesse principiarsi col nome del Principe imperante, ed indi menzionarsi il nome del Console; che dovesse cercarsi la presenza de' testimoni, ed esprimersi nell'atto *his praesentibus subscriptis qui documentum fecit, et hunc noverunt*; in fine che mancando una di queste formalità l'atto non potesse dirsi pubblico, e la stipulazione dovesse riputarsi nulla. Dalle formalità sopra esposte non erano punto dispensate le donazioni a contemplazione di matrimonio, siccome non lo furono neppure dalla prammatica del 20 Marzo 1804 che prescrisse altri soleenni per gli atti pubblici.

come condonatarî del padre acquistarono de' dritti personali su' beni donati. *Ved. il Cardinal de Luca lib. 7. disc. 2. num. 4. (1).*

L' imperator Leone denominato il filosofo espressamente avea abrogata la l. 15. *Cod. de pactis* degli Imperatori Valeriano e Galieno (2) dichiarando che essa non era stata giammai messa in esecuzione *propter evidentem absurditatem in hominum animis neutiquam locum invenit*, ed ordinando la fermezza de' patti successorî ne' seguenti termini. *Statuimus vero, ut parentum nemo, jura filiorum, quibus cum reliquis liberis æqualem hæreditatis portionem servatam iri in nuptialibus contractibus sponderint, innovare tentet at sciat iis pœnitentia mutatam voluntatem invalidam atque vanam habendam.* Nov. 19. dell' Imperator Leone. La Francia come ci attesta Cuiacio nella citata leg. 15. *cod. de pactis*, la Germania come ci attesta Visembachio sulla legge citata, finalmente l'Italia come ci attesta il Cardinal de Luca nel discorso 213. *De Fidei Com.* adottarono la novella di Leone; e la giurisprudenza del Regno riconobbe sempre come legittimi d' allora in poi i patti successorî ne' contratti di matrimonio.

(1) Vedi ancora il Reggente de Penta consultazione 80. n. 16. Bartolo nella leg. 17. ff. *de pactis*. Tagliolini tom. 2. trattato delle donazioni,

(2) Ecco l'espressione della l. 15. *Cod. de pactis*. *Pactum quod dotali instrumento comprehensum est, ut si pater vita fungeretur ex æqua portione ea quæ nubebat cum fratre hæres patris sui esset: neque ullam obligationem contrahere, neque libertatem testamenti faciendi mulieris patri potuit auferre.*

§. 3. Ma perchè tali donazioni a contemporaneità di matrimonio potessero godere de' privilegi sopraenunciati, era assolutamente necessario che facessero parte del contratto matrimoniale. Così Fabro nel lib. 5. tit. 9. *Definit. 7 e 8 Pactum quo datur hereditas in contractu matrimonii non potest revocari per pœnitentiam Si modo matrimonium postea sequutum sit.* E nella definizione 8. *si donatio sive promissio quoræ bonorum in contractu matrimonii a patre facta fuerit, dubitari non potest quin valeat nec trahetur ad quotam hæreditatis ut minor sit quaestioni locus.* Così Guido Papa decis. 145. de Franchis dec. 205. Ricci parte 1.^a decis. 19. de Ponte vol. 1.^o cons. 25. In questo solo caso, la donazione diveniva irrevocabile e privilegiata, siccome indissolubile era il matrimonio legittimamente contratto.

§. 4. Nè si ricorra alle leggi riportate nel codice sotto i titoli *de donationibus ante nuptias vel propter nuptias* per combattere queste teorie.

Non vi ha dubbio che tali donazioni poteano precedere e susseguire il contratto matrimoniale, come abbiamo dalle leggi 19 e 20 *cod. de donationibus ante nuptias* e dalle novelle 97 e 119 cap. 1.^o; ma chi mai ha potuto confondere tali donazioni colle donazioni sponsalizie riconosciute nel nostro patrio dritto dopo la venuta de' Longobardi? Ognuno sa che quando Costantino trasferì la sede dell' Impero nell' Oriente s'introdussero le donazioni *ante nuptias* che non erano in realtà se non una garentia ed un compenso della dote che la moglie portava al ma-

rito (1). Ognuno sa che quando Giustino e poi Giustiniano prescrissero di potersi accrescere la dote durante il matrimonio, si permise ancora accrescersi le donazioni *ante nuptias*, e prese-
 ro il nome di *aumento dotale*, non potendo es-
 sere nè minori nè maggiori della dote l. 19, e
 20. *Cod. de donat.* e novella 97 (2). In fine
 anche i Tironi del dritto non ignorano che sif-
 fatte donazioni lungi dal potersi assimilare alle
 donazioni sponsalizie furon nel nostro Regno ri-
 conosciute sotto il nome di *antefato*, e forma-
 rono oggetto della prammatica del Duca di Os-
 suna (3).

(1) Leg. 2. *cod. de donat: ante nuptias dos data donationem propter nuptias meretur.*

(2) *Donatio ante nuptias seu propter nuptias fieri potest etiam constante matrimonio leg. 20. cod. de donationibus ante nuptias.* E Perezio nelle sue prele-
 zioni al codice lib. 5. tit. 3. *Ceterum donationis propter nuptias conditio hæc est, quod uti dos ad maritum, ita et donatio hæc ad uxorem transeat, et ne ejus sit dominio. Attamen fructus rei donatæ non utique lucratur uxor, sicut maritus fructus augmenti dotis, sed soluto matrimonio postquam sibi de dote satisfactum est, restituere debet quidquid hoc nomine datum.*

(3) Questa prammatica è stata promulgata nel 1617 dal Vicerè Duca di Ossuna. Secondo l'opinione di molti Dottori l' *antefato* determinato con siffatta legge assimi-
 lavasi alla donazione *propter nuptias*; secondo altri l' *antefato* si è creduto un' avanzo del Morgingab de' Longobardi, i quali aveano in costume che il marito dopo la prima notte della sua unione colla moglie, le faceva dono de' suoi beni per averla trovata vergine. Luitprando dispose che tal dono non potesse eccedere la quarta parte de' beni del marito. Muratori *Rer. Italie. dis. 20.*

Chechè ne sia di siffatte opinioni, egli è indubita-
 to che l' *antefato* era una specie di donazione in usufrut-

Ma ben altra teoria regolava le donazioni *sponsalizie*, come si è osservato nel paragrafo 3.°, e Fontanella per aver sostenuto il contrario avviso nel tom. 1.° *Clausola 4. de pactis nuptial.* si attirò l'indignazione del Decio, del Succino, di Ottomano Consil. 79. di Scipione Gentile (1), e di quanti altri celebri Comentatori del dritto illustrarono gli annali del nostro Foro.

§. 5. In Francia da lungo tempo erano in vigore le donazioni a contemplazione di matrimonio, privilegiate e suscettibili de' patti successori, sotto il nome *d' Istituzioni contrattuali* (2); ma donazioni siffatte non eran valide se non quando facean parte di contrattato matrimonio.

to a favor della moglie in caso di lei sopravvivenza al marito, e che il duca di Ossuna non fece che determinare la quantità, giacchè l'uso di siffatte donazioni era già introdotto molto prima del 1617 come abbiamo dalle costituzioni del Regno, *si quis Baro de Dotario, et de jure quartæ.*

(1) Lib. 2. cap. 27. *de donat inter vir. et ux.*

(2) La Francia da lunghissimo tempo avea riconosciuto le istituzioni per contratto. Alcuni credono di riportarne l'origine alla legge Ripuaria il di cui titolo 37. Così si esprime *Si quis mulierem desponsaverit, quidquid ei per tabularum instrumenta conscripserit, perpetualiter in convulsum permaneat.* Altri han creduto di doverle riportare alla legge Salica; altri in fine credono che le istituzioni contrattuali non fossero state riconosciute prima de' tempi di Gerardo Nigro, ed Ubert di Orto, quando le leggi Feudali incominciarono a formare oggetto di Giurisprudenza presso i Francesi. Comunque sia, egli è indubitato che le istituzioni contrattuali erano riconosciute in Francia, da tutte le consuetudini, e formavano il dritto comune di quel Regno sin dal 1493.

Così Voet parlando di tali donazioni, dice: *Quamvis nunc hactenus ab illa juris Romani dispositione ubique recessum videatur, quod pactis dotalibus de futura successione conjugum inter se, ut et conjugum in bona tertii; vel tertii in bona conjugum tractetur, tamen extra pacta dotalia etiam nunc reprobatae manent apud nos, convenienter jure Romano conceptae de tertii certi vel ipsorum paciscentium haereditate conventiones, ita saltem ut effectum haud sortientur.* Così Doumolin. *Non sufficit quod fiat in favorem, sed quod in ipso contractu matrimonii, ut sit pars pactorum dotalium.* Così finalmente il Fabro ripetendo le stesse teorie nella sua opera famosa *de error. pragmat. decis.* 28. ne assegna per ragione *quia extra dotalis tabulas habent pro vero, et inviolabili, haereditatem pacto dari non posse.* Pubblicato in seguito il Codice Civile per favore del contratto di matrimonio, che è il creatore della società, per privilegio del legame che costituisce la propagazione della specie, la legge allontanandosi dalle regole generali sulle donazioni tra vivi, mentre per queste richiese a pena di nullità l'accettazione art. 932, prescrisse a pena di nullità di non potersi donare i beni futuri, art. 943, dichiarò nulla la donazione fatta sotto condizioni, la cui esecuzione dipendesse dalla sola volontà del donante, art. 944: dichiarò parimente nulla quella che imponesse al donatario l'obbligo di soddisfare altri debiti fuori di quelli ch' esistevano all'epoca della donazione, e che si trovassero espressi nell'atto medesimo o in uuo stato annesso, art. 945; Coll' art. 947 poi dispose che tali requisiti non

dovessero applicarsi alle donazioni per contratto di matrimonio, permettendosi a favore de' coniugi non solo la donazione de' beni presenti, ma anche de' beni presenti, e futuri cumulativamente, e di quelli che gli ascendenti, collaterali ed estranei si trovassero al tempo del loro decesso: art. 1082, 1084, e 1086; senza che tali donazioni potessero revocarsi per causa d'ingratitude, art. 959.

Con tali disposizioni le *Istituzioni contrattuali* vennero conservate, come osserva il Tribunale Favard *sul progetto di legge relativo alle donazioni e testamenti*; ma esse non possono aver luogo fuori del contratto di matrimonio, come risulta dal processo verbale delle discussioni nella compilazione del capitolo 8. e come ci attesta Merlin alla voce *Institution Contractuelle* §. 3. alla voce *contract de Mariage* §. 1. ed alla voce *remploi*. §. 4. delle sue quistioni di dritto.

Per contratto di matrimonio (dice questo illustre scrittore alla voce *contract De Mariage*), *s'intende l'atto in forza del quale i futuri coniugi regolano le convenzioni relative al matrimonio, ch' essi vogliono contrarre. Avendo dunque il legislatore nel cap. 8. parlato delle donazioni per contratto di matrimonio non s'intendono certamente comprese in questo numero quelle che non fan parte dell'atto regolatore delle convenzioni matrimoniali tra futuri coniugi.*

Gli autori delle pandette Francesi commentando gli art.¹ 1082 e 1083 confermano la stessa teoria. *La donazione autorizzata e regolata da due articoli 1082 e 1083 è cioè di-*

essi istituzione contrattuale. Il Codice civile conferma a questo riguardo gli antichi principi e le disposizioni dell'ordinanza del 1731. Questa Istituzione siccome rilevasi dal precedente art. 1082 non può farsi, se non per contratto di matrimonio. Quindi non deve seguirsi l'opinione di chi pensava che poteva essa farsi fuori del contratto del matrimonio, ma in vista di vicine nozze. Anche prima dell'ordinanza del 1731 questa regola era seguita, e diverse consuetudini ne avevano le disposizioni. Questo altresì era il sentimento de' più stimati autori.

In fine il Tribuno Joubert de la Gironde nell' esporre al Tribunato il progetto di legge relativo a questo titolo si esprime così: Una regola di tutt' i tempi, che la natura delle cose giustifica assai è che i contratti di matrimonio sono suscettibili di tutte le clausole e condizioni che non sono contrarie a' buoni costumi Le istituzioni contrattuali continueranno ad essere autorizzate in favore del matrimonio. La legge precisa con attenzione la natura e gli effetti di queste disposizioni. Distinguer conviene il titolo, ed il vantaggio. Il titolo è irrevocabile, l'autore della disposizione più non potrà disporre a titolo gratuito, menchè per modiche somme a titolo di ricompensa, o in altro modo. Ma riguardo al vantaggio non potrà essere manifestamente riconosciuto che nel tempo della morte, poichè in quel tempo l'autore della disposizione conserva il dritto di alienare a titolo oneroso.

Tutto ciò non ha luogo che in vantag-

gio del matrimonio. Non è dunque la inserzione di una donazione in un contratto di matrimonio che accorderebbe tutti questi privilegi alla donazione, poichè se fosse fatta ad una persona diversa dello sposo sarebbe allora risolta dal dritto comune.

§. 6. Le nostre leggi civili nel capitolo 8. art.^o 1041, 1042 e 1043 ritengono letteralmente le disposizioni del Codice Francese a questo riguardo. Gli autori del Comentario sull' interpretazione dell' art. 1038 ecco come si esprimono: *Qui per nulla omettere alla chiara intelligenza dell' articolo osserviamo, che la disposizione di cui in esso si parla non potendo essere registrata che in un contratto per matrimonio s' intende in quell' atto in cui intervenendo ambi gli sposi, promettono di contrarre tra loro le nozze, ed in ogni altro atto tra vivi sarà nullo, incontrando la resistenza del principio fuori de' casi inviolabile, che non si possa giammai pattuire sull' eredità di un vivente. Onde non può sostenersi una donazione de' beni che il donante lascerà in tempo della sua morte, fatta per occasione del matrimonio che indeterminatamente, o con certa persona sarà contratta, dal donatario, o che l'atto precedesse le nozze di molto o di poco, nè hassi a ricorrere a teorie de' dottori non applicabili alla nuova legislazione. E nella nota soggiungono: Qualunque diverso avviso non ha più luogo dopo il Codice.*

Nell' interpretazione poi dell' art.^o 1043 gli stessi autori soggiungono. *Le donazioni di cui questo capitolo si occupa sono quelle fatte*

nel contratto matrimoniale siccome l'epigrafe istessa il denota.

§. 7. Or se la donazione del 16 Settembre 1814 è viziosa per forma perchè mancante della lettura alle parti in presenza de' testimoni giusta il disposto degli art.¹ 46 e 52 della legge del 3 Gennaio 1809; se non è fatta per contratto di matrimonio, ma sebbene in vista di future nozze, perchè il donante aveva inteso le disposizioni de' suoi nepoti Francesco Galizia, e Rocco La Terza di unirsi rispettivamente in matrimonio con Elisabetta La Terza, e Maddalena La Terza, giusta l'espressione contenute nell'atto di donazione; se il donante dispose a favore de' donatari irrevocabilmente tra vivi di ducati 5000 in caso che non coabitassero con lui, ed inoltre *della metà di tutt' i suoi beni che si troverebbero in tempo della sua morte*, quale donazione non è permessa fuori del contratto di matrimonio, art.^o 1082 del codice Francese corrispondente all'art.^o 1041 leggi civili in vigore; se espressamente il donante dichiarò che la donazione dovea rivocarsi in caso d'ingratitude, clausola di cui non sono suscettibili le donazioni per contratto di matrimonio art.^o 959 Codice Francese; se finalmente la donazione in disputa manca di accettazione, requisito essenziale delle donazioni semplici art.^o 932 Codice Francese, e manca dello stato attivo e passivo richiesto nelle donazioni per contratto di matrimonio cumulative de' beni presenti e futuri ai termini degli art.¹ 1084, e 1089 Codice Francese, come mai potrà sostenersi valida innanzi agli occhi della legge?

SULLA 2.^a QUISTIONE

Essendo nulla la donazione del 16 Settembre 1814, ha potuto ratificarsi e confermarsi col posteriore testamento del 17 Ottobre 1823?

§. 8. Ma la donazione è stata ratificata dal testamento; ma la volontà del defunto Abate Galizia è stata sempre costante nell' estendere la sua liberalità a favore de' donatari; ma il matrimonio si è contratto sotto l' ombra della garentia che offriva ai futuri coniugi la donazione del 16 Settembre 1814, ed ove potesse per ipotesi sostenersi l'atto inefficace, sarebbero in un tempo traditi i voti del donante sempre costante nella volontà di dare, i voti de' donatari sempre fermi a ricevere, infine i voti della prole nata sotto l'augurio di tante speranze, le quali diedero loro vita e naturale, e civile.

Sono queste le voci de' nostri avversari, ed è questo il sistema di opposizione nel massimo suo vigore.

Esso però non poggia che su di uno specioso sofisma, e noi lo abbiamo presentato in tutta la sua forza, per farne sentire maggiormente la debolezza.

Ed in vero io non ignoro che per disposizione del dritto Romano qualunque atto nullo potea confermarsi, e rattificarsi con un atto posteriore confermativo, *l. 25. cod. de donat. inter vir et uxor. l. ult. cod. ad S. C. Macedon. l. 16. §. 1. ff. de pignor. l. 20. ff. de pignoratitia act. l. 44. ff. §. 1. de usurpat. et usucap.*; ma quali nullità poteano sa-

arsi mediante la conferma? Quali erano i caratteri necessari alla conferma per potersene attribuire l'effetto di dar vita ad un atto nullo? In che modo la ratifica doveva esser concepita? Analizziamolo, e vedremo che nella specie non può mai dirsi confermata la donazione del 14 Settembre 1814.

Pria di tutto uopo è distinguere, come tutti i dottori distinguono, atto *nullo* d'atto *rescindibile*. Per nullo s'intende l'atto che giammai ha avuto esistenza legale, poichè ha violato le disposizioni di una legge, della quale il pubblico interesse è il principal motivo. Così dicesi *nulla* una vendita, *nullo* un decreto che l'autorizza leg. 15: ff. *de rebus. eorum qui sub. tut.* *nullo* un testamento leg. 1.º ff. *de injusto rupto, et irritò testam.*, *nullo* un legato leg. 75. *de legat.*, *nul'o* un fedecommesso leg. 41. ff. *de vulg. et pupil. substit.* e parimenti per disposizione delle leggi civili vigenti *nulla* una donazione, o un legato, art. 819, 821, 822, 823, 824, -825, 826, 827 e 828 leggi civili; *nulla* una alienazione di cose fuori il commercio, o di cui la legge ne abbia vietata la vendita, art. 1443; *nullo* un testamento, in cui non si sieno osservate le norme prescritte nel cap. 5. sez. 1.ª e 2.ª lib. 3. delle leggi civili.

Atto *rescindibile* per l'opposto dicesi quello che può produrre un'azione, ma è ciò non ostante suscettibile di esser respinto col mezzo dell'eccezione sia per l'incapacità, sia per difetto di consenso de' contraenti (1).

(1) I Romani non confusero giammai l'azione di nullità, con quella di rescissione, dappoichè secondo es-

Questa distinzione religiosamente e costantemente serbata nel dritto Romano non fu abbandonata da' novelli legislatori (1); ma siccome in Francia tanto per le azioni di nullità, che per quelle di rescissione doveansi prima ottenere dal Re lettere di rescissione, e di nullità, così nella compilazione della sezione 7. lib. 3. tit. 3. del cod. civ. Francese si è posta l' epigrafe *dell' azione di nullità o di rescissione di contratto*, occupandosi in essa il legislatore delle sole nullità rescissorie, e non mai delle nullità assolute o radicali che propriamente meritavano il nome di nullità secondo il linguaggio de' Romani Giureconsulti.

si il contratto nullo non potea rescindersi, giacchè la rescissione supponeva l'atto esistente *leg. 16. ff. de minoribus 21 an.* Questa di finzione ebbe origine dal pretore il quale accordava il rimedio della re litazione *in integrum* in alcuni casi in cui il rigore del dritto Civile faceva sussistere i contratti contro la naturale equità facendo uso del *jus corrigendi, adjuvandi, et modificandi juris. Leg. 1 ff. de in integrum restitut.* Vedi Einnexio *in pandectas, et antiq. Rcm.* Vedi ancora Melchiorre Delfico nella sua opera immortale della Giurisprudenza Romana, e de' suoi cultori.

Vedi infine Merlin alla voce *rescission* n. 1., ed alla voce *nullité* §. 2. 8 e 9.

(1) La nuova legge semprechè si è trattato di parlare degli atti nulli, o invalidi, ne ha fatta espressa menzione, usando de' termini imperativi per fulminare il divieto dell'atto, e per proclamarne l'invalidità, che n'è la conseguenza. Così nel caso di una donazione, o di un legato fatto da persona incapace, ed a persona incapace. Art. 819 e 828 leg. civ.; così nel caso di una donazione mancante di forma estrinseca, ed intrinseca. Art. 855, 867, 868, 869 e 872; così finalmente nel caso di un matrimonio nullo art. 158, 159, 160, 162, e 189 leg. civ. per tacerne di altri esempi, che possono rinvenirsi in

Or l'atto nullo radicalmente non è giammai suscettibile di conferma per la nota massima consagrada nella leg. 29. ff. de reg. jur. *quod ab initio nullum tractu temporis convallescere non potest*. Voet sul digesto al titolo *qui testamenta facere possunt* n. 31. così si esprime: *nec convalescit illud testamentum quod in impubere aetate conditum esset, si postea pubes factus ad mortem usque in eo perseveret utcumque adimpleta aetate requisita, declaret se in eadem perseverare voluntate*. E Ziegler nel suo trattato *de ratihabitione* n. 13 e 14 *quod legibus, quod moribus actum fuit id ratum fieri potest. Si quid vitiose factum, si quid factum quod lex improbat, si quid peccatum sit in substantia et forma contractus, nihil huic vulneri mederi*

ciascuna pagina del nostro Codice. Per l'opposto ove si è trattato di parlare degli atti rescindibili la legge fa uso bene spesso dell'espressioni di rivoazione, come negli articoli 878, 990 e 992; di rescissione, come negli articoli 807, 808, e 1620, di caducità come nell'art. 995.

Per maggior pruova di siffatta verità, basta riflettere che l'azione di nullità non si prescrive se non col decorso di anni 30 art. 2168 e 2173, laddove l'azione di rescissione si prescrive col decorso di un decennio: Art. 1258. Quale argomento più parlante per persuaderci della differenza che intercede tra l'azione di nullità, e l'azione di rescissione secondo lo spirito delle nuove leggi? Vedi Pappone, Arrets lib. 16 tit. 3. n. 11, e Merlin alle voci *nullité*, e *rescission*.

Vedi ancora i rapporti fatti al Tribunato da' Tribuni Jaubert, Berlier, Mouricault e Treilhard nell'esporre i motivi sulla sez. 7. lib. 3. tit. 3. del Cod. Civ. **Francesco.**

potest, quaque adibentur remedia, nihil quam morbum exulcerant.

Tra i moderni poi il Tribuno Jaubert nel suo rapporto al Tribunato sulla citata sez. 7. tit. 3. lib. 3. diceva non si può confermare se non quello che ha realmente esistito, benchè mancante di forza per qualche difetto. Da ciò nasce che non sono suscettibili di conferma o rattifica quelle convenzioni, la validità delle quali non è dalla legge riconosciuta, ed un'atto nullo per difetto di forma n'è del pari incapace mancando assolutamente l'atto confermabile. Tale sarebbe un testamento il quale non adempiute le forme prescritte non è testamento, ed una donazione nulla per le forme la quale bisogna che sia fatta di nuovo nelle forme legali.

E l'illustre Pothier parte 3.^a art.^o 4.^o Vi sono in certi atti de' vizi che non possono esser sanati con verun atto confermativo: tali sono i vizi di forma, i quali in un'atto di donazione tra vivi traggono seco la nullità a termine della legge. Questi vizi non lascian di esistere quantunque l'atto sia stato confermato. D'altronde queste forme sono state prescritte per l'interesse de' terzi: esse non possono esser supplite; quindi dee l'atto indispensabilmente esser fatto di nuovo nelle forme legali.

Nella specie trattandosi di una donazione nulla per forma, e per vizi sostanziali all'atto, come mai potrebb'essere suscettibile di conferma?

§. 9. Ma quando mai per un'ipotesi illegale potesse sostenersi che l'atto radicalmente nullo fosse capace di conferma, neppure il te-

stamento del 17 Ottobre 1823 potrebbe giovare a' rei convenuti per sostenere le loro pretese. Infatti i dottori distinguono la conferma in *forma ordinaria*, dalla conferma in *forma dispositiva*. La prima ha avuto luogo quando *non exprimitur ad longum tenor confirmati, sed confirmans se se refert ad illud et confirmat sicuti sine pravitate, vel sicuti juxta et legitime obtentum et possessum fuit*, secondo l'espressioni di Doumolin rapportato dal Merlin alla voce *conventions matrimoniales* §. 1.^o (1).

La conferma poi in forma dispositiva ha luogo quando si rapporta l'intero tenore dell'atto confermabile, e si fa menzione formale della nullità che la viziava nella sua origine. *Quando enarrato toto tenore confirmati* (son parole dello stesso Doumolin) *approbatur, recognoscitur, et confirmatur et potestatem habent.*

Or è alle conferme di questa seconda specie che si attribuisce la virtù di poter rendere valido l'atto originalmente nullo, considerandosi l'atto confermato come una disposizione tutta nuova e principale secondo l'espressioni del lodato scrittore. *Etiam si confirmatum sit nullum et invalidum, validaretur per confirmationem potestatem habentis, sciens nullitatem et vitium confirmati sed tunc proprie non dicitur confirmatio, sed nova et principalis dispositio.*

Il celebre Daguesseau nel suo discorso n.^o

(1) Vedi il Molines n. 34, 33. §. 8. e 18. Pothier vol. 4. pag. 39. a 41. nel suo trattato delle obbligazioni.

26 parlando dell'atto di conferma dice. *È della natura di questi atti di non introdurre un nuovo dritto, di non donare un nuovo titolo, ma di approvare un dritto antico, e di fortificare un titolo precedente.* Ed analizzando poi lo stesso autore l'opinione di Doumolin soggiunge. *Che gli atti confermativi in forma ordinaria non hanno maggior potere sull'avvenire che sul passato, se l'atto fosse nullo nel suo principio, laddove la conferma in forma dispositiva si considera come un nuovo titolo che deve avere la sua esecuzione indipendentemente dal primo.*

E gli autori del Comentario sulle nostre leggi civili pag. . . . si esprimono così. *L'atto nullo non può esser confermato o ratificato, e la confermazione se fosse con tutte le forme richieste per l'atto che si conferma, sarà un atto nuovo, essendo indifferente il dire di fare o di confermare l'inutilmente fatto, e l'atto prende vigore da questo momento e non prima. Valet dicono i Dottori prout ex nunc, non prout ex tunc.*

Nel testamento in esame nè si è rapportato l'intero tenore della donazione del 16 Settembre 1814, nè si è espressa almeno la sostanza dell'atto, il motivo dell'azione di rescissione e la volontà di correggere il vizio, su cui tale azione era fondata. Come dunque sostenersi che il testamento de' 17 Ottobre 1823 abbia potuto confermare la donazione de' 16 Settembre 1814 radicalmente ed assolutamente nulla?

La donazione de' 16 Settembre 1824 può dirsi volontariamente eseguita per parte degli eredi mediante l'annotazione del 10 Novembre 1823?

§. 10. Persuasi i convenuti di non potersi giovare del testamento de' 17 Ottobre 1823 invocano in di lor favore l'annotazione del dì 10 Novembre 1823 per dimostrare che la donazione fosse stata volontariamente eseguita, e che in conseguenza gli attori abbian col fatto rinunziato al dritto di opporre i vizi di forma, e qualunque altra eccezione a' termini dell'articolo 1294. LL. CC.

Analizziamo questo loro ingegnoso argomento e vedremo di qual peso possa essere in sostegno delle loro pretese, quando anchie si ammettesse per ipotesi che la donazione in disputa fosse stata volontariamente eseguita.

Già si è dimostrato che gli atti radicalmente nulli sono incapaci di conferma, già si è provato coll'autorità de' migliori Interpreti del dritto, che la sola conferma in forma dispositiva può sanare i vizi di un atto rescindibile. Or se l'esecuzione volontaria non è che una conferma tacita, può darsi ad essa maggior forza e vigore di quel che la legge attribuisce alla conferma espressa? Se la ratifica in tal caso non può farsi col detto, perchè la legge gli toglie ogni posanza, potrà mai farsi per la sola via di fatto quando anche il fatto fosse così pieno e loquace quanto il detto? *Si non operatur expressa ratificatio*, dicono i Dottori, *tanto minus prodest*

tacita (1); e quest' istessa massima vien confermata da Pothier parte 4 cap. 1. da Bigot Preameu Rap. al Trib. e consagrada dalle Corti Oltramontane e del Regno.

L' esecuzione volontaria in tal caso non potrebbe tutto al più che trasferire il possesso, mentre la donazione non accettata e contenuta in un atto riprovato dalla legge, essendo imperfetta non trasferirebbe giammai la proprietà al donatario.

I beni dunque rimarrebbero sempre al donante ed ai suoi eredi, poichè il fatto da cui l' esecuzione volontaria si desume, non contiene virtualmente le solennità, l' omissione delle quali ha cagionato la nullità dell' atto. Ecco perchè gli autori delle Pandette Francesi comentando l' articolo 1338 dicono. *La seconda disposizione del medesimo articolo non può applicarsi agli atti che non sono assolutamente e radicalmente nulli, o a quelli la cui nullità non è stabilita che in favor di colui che può invocarla, e che in conseguenza ha il dritto di rinunciare a questa eccezione.*

§. 11. Oltre a ciò è costante in fatto, che i Signori Pietro, Giuseppe, Luigi, Chiara, e Teodora Galizia non ebbero giammai una spedizione autentica dell' atto di donazione de' 16 Settembre 1814. se non che nell' epoca de' 9 Aprile 1824, nè veruna menzione della nullità di tal atto si fece nella annotazione de' 10 Novembre 1823.

È ancora costante in dritto che l' esecuzione

(1) Ved. la Decisione della Ruota Roman. part. 13, Decis. 368.

ne volontaria per potersi caratterizzare efficace ha bisogno di tre requisiti essenziali, cioè: 1. Che si abbia avuto conoscenza del titolo rattificabile nel suo stato materiale: 2. Che si abbia avuto conoscenza del vizio che racchiudeva: 3. Che si sia rinunciato alla nullità, di cui il titolo era affetto. Senza tali circostanze copulative, l'atto benchè eseguito, non toglie mai il dritto all'esperimento dell'azione di nullità o di rescissione. Così decidono testualmente la leg. 4. *cod. de jur. et facti ignorantia*; e la leg. 6. *ff. de transactionib:* (1), poichè nessuno si presume di voler rinunciare al dritto di far valere delle nullità evidenti. Così ancora opina Furgole nel suo trattato *de testamentis* cap. 6. sez. 3. n.º 144. Grenier nel suo trattato *delle donazioni e testamenti* n. 325. e finalmente Merlin alla voce *testamento* sez. 11. §. 5. Quest'ultimo scrittore, il di cui nome riempie i Tribunali di Eu-

(1) *Si post divisionem factam (son le parole della legge 4. cod. de juris, et facti ignorantia) testamenti vitium in lucem emergerit, ex his quæ per ignorantium confecta sunt, præjudicium tibi non comparabitur. Ostende igitur hoc apud correctorem virum clarissimum, amicum nostrum. testamentum vel fide veri deficere, vel juris ratione stare non posse, ut infirmata scripturæ quæ vice testamenti prolata est, solidam successionem obtineas.*

La legge 6 *ff. de transactionibus*, così si esprime. *De his controversiis, quæ ex testimonio profiscuntur, neque exquiri voluntas aliter potest, quam inspectis cognitisque verbis testamenti.*

In fine la leg. 5 *ff. de is quæ ut indignis*, conagra che *post legatum acceptum, non tutum licet falsum arguere testamentum, sed et non jure factum contendere; inofficiosum autem dicere non permittitur.*

ropa riscuotendo da per tutto venerazione e rispetto, ebbe occasione di concludere da pubblico ministero in una causa famosa agitata in grado di appello nella Corte di Grenoble, nel 17 Luglio 1813. Trattavasi di un testamento mancante di lettura, eseguito mediante un solenne atto notariale, dietro un compromesso degli eredi usufruttuari, e proprietari, e quindi impugnato di nullità da questi ultimi in qualità di eredi legittimi. Il sommo G. C. con una profondità senza pari, con una erudizione la più vasta e sorprendente, con quell' eloquenza inimitabile che l'era propria dimostrò, che sebbene il testamento fosse stato eseguito mediante una solenne transazione, pure non essendosi in essa fatta menzione alcuna della nullità, ai termini degli art.¹ 1163, 2049 del Cod. Civ. Francese l'azione di nullità non poteva esser dichiarata inammissibile, non potendo nuocere agli eredi testamentari gli errori di dritto per le massime generali contenute negli art.¹ 1235 e 1376 cod. Francese (1).

(1) Merlin nel luogo sopracitato sostiene, che il Codice Francese, abrogando i principi delle leggi Romane, non riconosce per massima generale la distinzione tra errori di dritto, ed errori di fatto, citando in sostegno della sua opinione gli art. 1235 e 1376, il primo de' quali con-agra, che ogni pagamento suppone un debito: ciò che fu pagato, senza essere dovuto, è soggetto a ripetizione. Il secondo poi si esprime così: « chi o per errore, o scientemente riceve ciò che non gli è dovuto, si obbliga restituirlo a colui da cui lo ha indebitamente ricevuto. » L' illustre scrittore continuando a ragionare in sostegno della sua tesi, dice, che gli art. 1356 e 2052 dello stesso codice, dove unicamente si fa distinzione tra gli errori di dritto, e gli errori di fatto, costituiscono dell' eccezioni fondate sul rispetto, esclusivamente dovuto all' au-

Or dietro l' autorità del nuovo Cujacio della Francia, chi mai oserebbe sostenere la contraria teoria, quando anche avesse avuto luogo la pretesa esecuzione volontaria della donazione del 16 Settembre 1814?

§. 12. Ma a che ricorrere a delle teorie di dritto per dimostrare che la donazione del 16 Settembre 1814 non sia suscettibile di conferma tacita, se in fatto non ebbe mai luogo l' esecuzione volontaria, che i rei convenuti intendono desumere dall' atto del 10 Novembre 1823?

Ella è massima incontrastabile di dritto che quando la ratifica o la conferma si desume da un fatto non può eccedere i confini del medesimo, e ciò che è sola conseguenza necessaria di esso leg. 19. ff. *si certum petat. Fuchineo Controv. 77. lib. 4. Luca ad Gratia... Discet: 704. n. 4.* È massima ancora consacrata in giurisprudenza che il fatto, da cui si desume la ratificazione per essere operativa deve aver sortito tutto il suo effetto, altrimenti non si avrà che per un desiderio di ratificare, ma non mai per una volontà compiuta (1).

Nel caso in esame è dimostrato in fatto che i signori Pietro, Giuseppe, Luigi, Chiara, Angela, e Teodora Galizia, non che Rocco La Teiza e Francesco Galizia dopo la morte del fu Vincenzo Abate Galizia, *risolverono di annotare tutt' i suoi beni per consegnarli al signor D.*

torità della cosa giudicata, ed al carattere delle transazioni in guisa che queste eccezioni confermano la regola generale, che la distinzione tra errori di dritto, ed errori di fatto non debba essere ammessa in tutt' altro caso.

(1) Vedi la Glosa alla leg. *filius ff. de minoribus.*

Luigi Minervini scelto di comune consenso, ed accettante la carica di depositario volontario coll' obbligo preciso che si ha addossato di passarli in tutto o in parte in potere di chi ordineranno tutt' i sudetti interessati, niuno escluso, ed attendere le disposizioni del Tribunale competente.

È indubitato altresì che dietro tal preliminare si è incominciato l' inventario che non fu compiuto per volontà delle istesse parti essendo rimasti moltissimi cespiti ad annotarsi.

Or se i Tribunali competenti doveano decidere a chi appartenessero in tutto o in parte gli oggetti, de' quali erasi principiato l' inventario, come si dirà che con tale atto siasi confermata la donazione del 10 Settembre 1814?

E se l' inventario non si è compiuto per volontà delle parti come potrà sostenersi, ch' esso inducesse una esecuzione volontaria?

Invano si opporrà che il rilascio del credito fatto a Giacomo Matera di D. 128 capitale, e D. 60 interessi induce un' esecuzione volontaria della donazione per essersi dichiarato che uno dei voluti donatari intendea cedere e rilasciare la rispettiva rata che vantava su detto credito.

Quest' assertiva è subordinata al preliminare che il Tribunale dovea decidere a chi appartenere dovesse l' asse ereditario del fu Vincenzo Abate Galizia; quest' assertiva dimostra che i signori Rocco La Terza e Francesco Galizia pretendevano di garentire la loro qualità di voluti donatari e che i signori Giuseppe, Pietro, Luigi, Chiara e Teodora Galizia intendevano di contrastargliela; quest' assertiva finalmente non può rapportarsi se non alle cose sulle quali apparisce

che le parti si abbian proposto di contrattare. Così decidono le leggi 27 e 47 ff. *de pactis*, e tanto ancora sanziona l'articolo 1116 delle leggi civili (1).

SULLA 4. QUISTIONE

I voluti donatarî Francesco Galizia e Rocco La Terza possono conseguire la metà dell'asse del defunto Abate Galizia loro donato, considerandosi quali legatarî del defunto medesimo?

§. 13. Ma sia invalida la donazione, sia essa incapace di conferma potrà negarsi ai convenuti la metà dell'asse del fu D. Vincenzo Galizia loro attribuita dal testatore coll'espressione *relego*?

È questa l'ultima risorsa cui ricorrono i convenuti, ed è perciò nostro dovere di far conoscere quanto sia malagevole la loro impresa.

Basta percorrere le regole generali e particolari sull'interpretazione de' legati, basta consultare il linguaggio della legge sull'estensione che a loro si attribuisce, per potersi convincere che D. Vincenzo Abate Galizia non intese giammai fare un legato ma sibbene confermare la donazione de' 16 Settembre 1814 fatta a Francesco Galizia e Rocco La Terza.

(1) Leg. 12 ff. *de regulis juris*. In testamentis plenus voluntates testantium interpretatur.

L. 69 ff. *de verborum significatione*. In causa testamentorum ad definitionem non utique descendendum est, cum plerumque abusive loquatur, nec propriis nominibus, ac vocabuli semper utantur.

Quando la volontà del testatore è chiara da per se stessa non vi ha d'uopo attendere le parole di cui si è servito per esprimerla; ma quando l'intenzione del testatore è involta in delle nuvole, bisogna piazzarsi nella sua situazione, bisogna scovrire le sue affezioni, penetrare le sue vedute, bilanciare le sue abitudini, impossessarsi de' suoi motivi, ed allora sarà facile il conoscere quale sia stata la sua intenzione, secondo le norme che ci fornisce la legge Romana sotto i titoli *de verborum significatione*, *de regulis juris*, *et de conditionibus et demonstrationibus*.

Che volle mai esprimere il Signor Vincenzo Abate Galizia allorchè disponendo della metà dell'asse a favor di Pietro, Luigi, Giuseppe, Chiara, Angela, e Teodora Galizia, dichiarò che l'altra metà erasi donata a Rocco La Terza e Francesco Galizia, *qual donazione intendeva di confermare*? La sua intenzione è chiara, e quindi rispondiamo col Giureconsulto *voluntatem potius, quam verba considerare oportet*, non dovendosi tener conto alcuno dell'espressione *relego* sempre referibile alle precedenti espressioni di conferma di donazione.

Molti scrittori promossero la quistione se nel dubbio l'interpretazione dovesse esser favorevole al legatario, o all'erede, e quasi generalmente decidono doversi maggiori riguardi all'erede come colui che essendo stato principalmente contemplato dal testatore, ha dovuto richiamare principalmente la sua attenzione (1).

(1) Quindi le note massime di giurisprudenza par-

51. Noi non crediamo giovarci di questa opinione benchè sostenuta da una schiera di classici Dottori.

52. Noi consultiamo i libri del dritto, e troviamo una legge espressa sotto il titolo *de donationibus inter virum et uxorem*, nella quale il caso che ci occupa è testualmente risoluto: *Ex verbis quæ in postremis judiciis inseruntur licet ad fideicommissum vel legatum utilia sint, non tamen omnino legati vel fideicommissi persecutio datur: sed ita demum si relinquendi studio hujusmodi verba fuerunt adscripta: Unde te voluntatis, non juris quæstionem in præces tuas contulisse palam est. Cum igitur testamento lecto animadvertimus maritum tuum ex præcedente donatione dominum tibi reservasse, se caritatisque tuæ ad obtinendum proprietatem cavisse auditorum verborum conceptio non fideicommissum relictum ostendit, sed ex Senatusconsulti auctoritate liberalitatem mariti tui cui custodiendæ etiam moriens prospexerit quatenus firmare potuit dominium, mortis tempore tibi esse addictam. L. 14 cod. lib. 5 tit. 16.*

Il celebre Gotofredo interpretando la legge enunciata soggiunge. *Ideoque si donator mihi legat, quod antea mihi donavit, id confirmationis jure capietur, non legati, ut hinc constet, verbum lego non semper facere legatum, ut nec verbum dono donationem.*

cendum hæredi, in dubio pro hæredi respondendum semper in obscuris quod minimum est sequimur. *Vedi Merlin alla voce Leg.*

Brunemannno interpretando la stessa legge propone il caso, che risolve nel seguente modo. *Maritus donationem conjugis ante factam in testamento confirmat, et quasi denuo legat, quæritur: an uxor post mortem mariti simul donatam rem ex donatione, et ejus aestimationem ex testamento ut legatum petere possit. Negatur: est enim tantum prioris donationis confirmatio.* In fine per tacere di tanti altri il sommo Cujacio comentando il titolo XVI lib. 5 del Codice così si esprime. *Si quid donavit filio familias pater, idque ei in testamento relinquat jure legati vel fideicommissi, non valebit legatum et fideicommissum quamvis dixerit se legare: non enim verbum lego facit semper legatum sed valebit ut confirmatio vetustioris donationis exemplo donationis inter virum et uxorem (1).*

§. 14. Or dietro l'autorità di sì celebri Giureconsulti, dietro le testuali espressioni della legge chi mai oserebbe di sostenere ulteriormente che i voluti donatarj Francesco Galizia, e Rocco La Terza potessero pretendere *jure legati* la metà dell'asse del fu Vincenzo Abate Galizia?

Sostenga chi vuole siffatte teorie, mentre noi contenti di aver pienamente dimostrato il nostro assunto, terminiamo l'analisi della quistione propostaci ricordando alla saviezza del Tribunale la famosa risoluzione di Samuel Coccej in un caso perfettamente simile, nel suo *dritto controverso parte 2. tom. 1.* Trattavasi di sapere se un testamento scritto mancando de' solenni per

(1) Vel. Everard. Otton. ne Top. Loco 36 e *Manica de conjecturis summ. voluntatum.*

la scrittura, potesse valere come testamento nuncupativo. Il sommo Giureconsulto risponde per la negativa, adducendo per ragione, che il testatore non avendo fatto ciò che era in sua mente di fare, ed avendo per l'opposto fatto ciò che mai ebbe volontà di effettuare, l'atto dovevasi riputare per nullo ed invalido. *Quod voluit testator non fecit, quod fecit noluit, neutrum itaque consistit.*

Se D. Vincenzo Abate Galizia col suo testamento avesse voluto confermare la donazione egli non *fecit quod voluit*, perchè si è dimostrato che la conferma è invalida, ed incapace di meritare effetti legali. Se poi egli avesse inteso di legare la metà dell'asse nel modo come si esprime *fecit quod noluit*, perchè le sue espressioni, giusta la *l. 16 cod. de Donat. inter virum et uxorem* sopracitata sono unicamente riferibili alla conferma della donazione.

Conchiudiamo dunque coll'illustre Coccej *neutrum itaque consistit*, cioè che il testamento del fu Vincenzo Abate Galizia non può nè giovare, nè nuocere ai voluti donatarj Rocco La Terza e Francesco Galizia sia per sostenere la validità della loro pretesa donazione, sia per mettere in campo il loro preteso legato. Di tanto infatti essi si convinsero fin dal primo momento della morte del fu Vincenzo Abate Galizia, e tanto consagrarono nell'atto di annotazione de' 10 Novembre 1823, rendendo involontariamente un omaggio alla verità, alla giustizia, ed alla ragione allorchè qualificandosi quai semplici donatarj del defunto, notarono separatamente i legati disposti dal testatore senza comprendersi essi medesimi nella qualità di legatari.

QUISTIONE

UN TESTAMENTO PER ATTO PUBBLICO NEL QUALE SIA INTERVENUTO UN TESTIMONE CUI MANCHINO GIORNI QUINDECI PER GIUNGERE ALLA MAGGIORETA' E CHE D'ALTRODE MANCA DELLA PUBBLICAZIONE A CHIARA ED INTELLIGIBIL VOCE, È EGLI VALIDO, O NULLO? E PUÒ INFLUIRE ALLA SUA VALIDITA' LA CIRCOSTANZA D'ESSERSI IL TESTAMENTO STIPULATO IN UN MONASTERO MEZZO MIGLIO DISTANTE DALL'ABITATO DI UN COMUNE CHE CONTA OLTRE AD 8000 ANIME?

Questa quistione si è offerta nella seguente

SPECIE

Il fu Barone D. Andrea B. T. con testamento dei 28 Aprile 1824 redatto per atto pubblico prelegò la disponibile del suo ricco patrimonio ascendente oltre a D. 400000 in favor della sua figlia di secondo letto, attribuendo la sola legittima alle tre figlie del primo letto. Queste impugnarono il testamento di nullità. 1.° Perchè erasi adoperato un testimone cui mancavano giorni quindici per giungere all'età maggiore. 2.° Perchè mancava della pubblicazione a chiara, alta, ed intelligibile voce prescritta dalla legge.

La prelegataria della disponibile essendo ancor minore di età, fu consigliata ad una transazione, sulla espedienza della quale essendo stati dal Sig. Procuratore del Re destinati noi, D. Pasquale Santelli; e D. Raffaele Valentini a dare il nostro parere, ai sensi dell'art. 390 ll. cc. abbiain ragionato nei seguenti termini.

1. Considerando che il testamento del fu Barone D. Andrea B. T. dei 28 Aprile 1824 è fondatamente minacciato di nullità assoluta per

la minoretà del testimone Pasquale Bruno, ai termini degli art.¹ 896, 898 e 927 ll. cc. ed art.¹ 9 e 26 della legge del 23 Novembre 1819 sul notariato, non meno che per la mancanza di pubblicazione ad alta ed intelligibile voce, fulminata egualmente a pena di nullità dagli art.¹ 20 e 21 delle ll. citate.

2. Che trattandosi non di formalità intrinseche, cioè di quelle stabilite per provare l'esistenza dell'atto *probationis causa*, ma sibbene di formalità estrinseche prescritte *solemnitatis causa* per assicurare l'esecuzione, non possono esser mai supplite dalle equipollenze, come insegnano Grenier vol. 2. parte 1. pag. 20. Riccard parte 1. num. 1501 e seguenti, Toullier tom. 5., Delvincourt tom. 1. lit. 4. nota 89, Merlin alla voce testamento sezione B., perchè, come osservano tutti gli scrittori citati, le formalità prescritte *solemnitatis causa*, non sono esatte solo per la pruova del fatto, ma perchè il legislatore a ragione della importanza dell'atto, ha voluto circondarlo di una più grande solennità, sia per renderne la supposizione, e la soppressione più difficile, sia per ogni altra ragione che non è lecito ai privati d'indagare, ma che debbono essere scrupolosamente osservate a pena di nullità, quando anche non vi fosse d'altronde alcun dubbio della esistenza e sincerità dell'atto istesso.

3. Che se l'equipollenza può aver luogo solamente nel confronto delle parole adoperate dal Notajo comparativamente a quelle di cui si è servito il legislatore, non mai può essere ammissibile per supplire alla solennità delle forme sostanziali che tendono ad assicurare l'esistenza di un atto, e la sua esecuzione, e che essendo di or-

dine pubblico non è alle parti lecito di derogarvi. Infatti trattandosi di un atto che emana dal dritto civile, dice Grenier nel vol. 2. parte 1. pag. 62, quando la legge ha permesso all' uomo di elevare la sua volontà al disopra delle regole stabilite per le successioni, essa ha potuto ed ha voluto apporre a questa facoltà le condizioni di adempersi le forme che ha giudicate necessarie ad oggetto di aversi la certezza di esser quella la volontà dell' uomo. E Toullier tom. 5. pag. 338 num. 446 dice. Le forme richieste pei contratti non hanno altro fine fuorchè quello di assicurare le prove di loro esistenza. Le formalità dei testamenti tendono dippiù non solamente a garantire il testatore dalle sorprese alle quali è esposto più di coloro che contrattano in buona salute, e nel vigor dell' età, ma anche a favorire i dritti dei suoi eredi, ed ognun sa che se il contratto è sempre favorevole, il testamento è spesso odioso, poichè, come diceva d' Aguisseau tom. 3 pag. 386 è essenziale alla società degli uomini che vi sian dei contratti, ma non è necessario che vi siano testamenti, dacchè le società, il commercio, il governo degli stati, senza testamenti sussisterebbero del pari.

4. Che in conseguenza degli esposti principii se l' equipollenza potrebbe essere ammissibile onde potersi supplire alla mancanza della pubblicazione a *chiara, ed intelligibile voce*, coll' espressioni che si leggono nell' atto, fatto, letto, e scritto, e colle altre espressioni che precedono e che sussiegono, e dalle quali risulta che tanto il testatore, quanto i testimonii intesero la lettura dell' atto, e ne capirono il tenore locchè renderelle l' equipollenza identica, ed adeguata

secondo l'espressioni di Grenier e Toullier nei luoghi sopracitati, non potrebbe mai essere applicata alla incapacità del testimone Pasquale Bruno la di cui mancanza non può essere supplita d'atto alcuno perchè *solemnitatis causa*, la legge richiede a pena di nullità l'intervento di quattro testimonj maggiori di età ed aventi i dritti civili.

5. Che infatti la giurisprudenza ultramontana e patria nel proporre la quistione se nuocesse ai testimoni una incapacità ignota, o vi bastasse la capacità putativa, con voce costante ed uniforme, han sempre distinte le qualità che dipendono dai dritti politici e civili, da quelle che riguardano l'età, e le parentele dei testimoni, e quindi mentre nel primo caso si è invocata la massima consagrada dalla famosissima legge *Barbarius Philippus 3. ff. de off. prael.* cioè che *l'error communis facit jus*, per l'opposto nel caso della incapacità fondata sul difetto di età, e sulla esistenza della parentela si è sempre deciso d'esser dessa assoluta, ed insanabile, perchè come osservano Grenier vol. 2 parte 1 pag. 122 e Toullier tom. 5 n. 407 incombeva alle parti interessate di dichiarare il fatto e di mettersi al coperto di una mancanza di dichiarazione, o di una falsa allegazione dei testimoni.

6. Che moltomeno può sostenersi per parte degli eredi testamentari di doversi il testamento considerare come testamento di eccezione, ossia testamento fatto in campagna, perchè ai sensi dell'art. 900 LL. CC. il testamento fatto in campagna non lascia di esiger l'intervento di quattro testimoni *solemnitatis causa*, e solo per eccezione delle regole stabilite dall'art. 896

in grazia delle circostanze del luogo si permette che due dei quattro testimoni richiesti per solennità dell'atto dovessero sottoscrivere, se il testamento è stato ricevuto da un solo Notaio. Or nel caso in disputa la minor età del testimone Pasquale Bruno rendendo nullo il suo intervento perchè incapace a far testimonianza ai termini dell' art. 906, non permette che potesse invocarsi neppure l' art. 900, giacchè non più quattro testimoni intervennero all'atto dei quali due soli sottoscrissero, ma intervennero solamente tre escludendone il quarto dichiarato incapace dall' art. 906.

7. Che oltre a ciò il testamento del fu Barone D. Andrea del 25 Aprile 1824 fatto in Corigliano Capo-luogo del Circondario, e residenza del Regio Giudice, e precisamente nel Monastero dei PP. del Redentore non può dirsi fatto in campagna perchè manca il motivo dell'eccezione sanzionata dal legislatore per simili testamenti, cioè quello di non potersi agevolmente rinvenire nelle Campagne dei testimoni scribenti. In fatti come osserva il Tribuno Joubert della Gironda nel rapporto fatto al Tribunato in nome del corpo legislativo nella seduta del 9. Fiorile anno XI, se la legge richiede dei testimoni unitamente al Notaio per la formazione, perchè facendosi questi spesso nel fin della vita, era util cosa di moltiplicare i sorveglianti in favore dell'individuo che può essere assediato dall'intrigo, e dalla cupidigia, conveniva ancor pensare alla situazione straordinaria, che impedir potrebbe ad un Cittadino di ricorrere alle forme comuni, e non mostrarsi verso di lui indifferente trattandosi di assicurargli il più gran consuolo che l'uomo aver

possa lasciando la vita. Or qual circostanza straordinaria vietava al fu Barone D. Andrea B. T. di richiedere quanti testimoni ei volesse tutti scribenti per la formazione del suo testamento in una Comune che contiene una popolazione di oltre ad 8000 anime?

8. Che egli è vero che ai termini dell'ordinanza del 1735 per Campagna intendevansi ogni Comune che non fosse Città o borgo chiuso, ma dopo la pubblicazione del Codice Civile abolita l'ordinanza e lo spirito che aveala dettata, la giurisprudenza costante dei Tribunali, e della Corte suprema, riconobbe sempre per campagna nel significato legale quell'aggregato di case rurali sparse e lontane dal centro del Comune da cui esse dipendono, ed in cui pel picciolo numero dei suoi abitanti che non sapessero scrivere si rendesse applicabile la eccezione stabilita dall'art. 974 Codice Francese, e 900 LL. CC. come ha deciso il Tribunale Civile di
nella causa Mussato e Mussato confermata da una decisione della Corte Reale di Torino dei 23. Maggio 1819, e come è stato deciso del pari con un'arresto *consultis classibus* della Corte di Cassazione di Parigi del 10 Giugno 1817, riportato dal Sirey vol. 19 parte 1. pag. 13. ved. ancora Bavaux e Loiseau giurisprudenza del Codice Civile vol. 16 pag. 12.

9. Che per siffatte considerazioni non potendosi facilmente sostenere la validità del testamento del Barone D. Andrea B. T. è più che vantaggiosa alla minore Signora C. la transazione alla quale è stata autorizzata colla deliberazione del suddetto Consiglio di famiglia, ed il di cui progetto è contenuto nella scrittura del dì 30 Marzo 1828.

QUISTIONE

LA RIVOCÀ DI UN TESTAMENTO VALIDO CONTENUTA IN UN TESTAMENTO NULLO PER MANCANZA DELLE FORMALITÀ PRESCRITTE PER LA VALIDITÀ DEI TESTAMENTI, MA RIVESTITO DELLE SOLENNITÀ NECESSARIE AGLI ATTI STIPULATI INNANZI NOTARO, È DESSA PRODUTTIVA DI EFFETTI LEGALI?

Questa quistione si è spesso agitata nel Foro, ma ciò non per tanto *est adhuc sub iudice*, non essendo stati ancor determinati dalla Giurisprudenza i principî atti a risolverla in un modo certo e costante. Essendocisi a noi offerta nella causa tra C. e C. abbiám ragionato nei seguenti termini.

Egli è indubitato in fatto, che il fu D. Casimiro con testamento del 7 novembre 1817 revocò la sua testamentaria disposizione del 1815 colle seguenti espressioni » dichiaro, ed annullo » ogni mia disposizione fatta per lo addietro, » tanto pubblica, che olografa, e voglio, che » questa presente disposizione sia ultima volontà, e chi sarà per succedere a' miei beni deve adempiere a quanto sta prescritto nel presente mio testamento. »

Indubitato è del pari, che lo stesso D. Casimiro al 1. Settembre 1825. fece altro testamento in forma mistica, che ha depositato nelle mani dello stesso notaro stipulatore del primo. Siccome però l'ultimo testamento è stato involato, ed il secondo s'impugna di nullità per la mancanza di uno de' quattro testimoni dalla legge richiesti, così deve ora il Magistrato decidere se la revocazione contenuta in un posteriore testamento avente le forme di atto notariale possa

essere atta ad annullare un primo testamento qualunque valido.

Questa quistione è stata altrevolte agitata ne' Tribunali Oltramontani, e risolta per l' affermativa dalla Corte di appello di Bruxelles nella causa tra Pietro Moor, e Giovan Francesca Maes con decisione dei 2 Luglio 1807, e dal Tribunale di Vercelli nella causa tra Anselmet, e Guala riportate da un arresto della Cassazione del 4 Novembre 1811 in causa Brissy, e da tante altre riportate da Sirey anno 12 pag. 33 e seguenti, da Grenier tom. 1. part. 2., da Desinod tom. 7. pag. 18 e seguenti, e da Bavaux e Loiseau al tom. 18 della giurisprudenza per tacere di tanti altri di cui ne son pieni a zeppo i giornali del Foro.

Invano si é gridato che ciò ch'è nullo non può produrre effetto legale; invano si è detto, che la teoria distruggeva le massime del dritto romano in forza delle quali si stabiliva, che un testamento valido non poteva essere distrutto che da un altro testamento rogato *ad formam juris*. I Giureconsulti romani riguardavan come privilegiata la causa testata, come rilevasi dalle leggi riportate nel codice e nel digesto sotto i titoli *de injuxto, rupto, et irrito facto testamento, de testamentis, de hæredibus instituendis*, perchè una legge vietava ne' primi tempi di Roma, che i beni passassero da una ad una altra famiglia, come ci assicura Montesquieu lib. 26. cap. 97. ed è perciò, che i romani legislatori avean circondato gli atti di ultima volontà del più religioso rispetto, faceano a gara per restringere il numero delle azioni rescissorie, e ricorrevan spesso a delle finzioni ridicole per man-

tenere le istituzioni ed i legati. Ma la nuova legge, che garantisce la successione legittima di cui essa n' è la regolatrice, non potea seguire la stessa massima senza distruggere il principio legislativo dell' equabile distribuzione delle ricchezze tra' cittadini dello stato.

In fatti per assicurarci di questa verità basta leggere attentamente la discussione, ch' ebbe luogo in Francia nel Consiglio di Stato, allorchè si discusse l' art. 1035 del cod. francese. Noi trascriveremo letteralmente la discussione tal quale ce l' offre la raccolta delle conferenze.

» Quando il progetto venne presentato nella
 » seduta de' 27 nevoso, il Sig. Tronchet sosteneva
 » che dovesse bastare una dichiarazione fatta in-
 » nanzi il Notaro per rivocarsi un primo testamen-
 » to. Il Sig. Treillard diceva, che neppure l' art.
 » esigeva tanta solennità postocchè permetteva di
 » fare la rivocazione in testamento olografo. »

Il Sig. Console Cambacères osservava, ch' era necessaria per prevenire la supposizione degli atti di rivocazione, e Bertier era del suo avviso. Intanto l' articolo venne subito adottato secondo l' avviso del Sig. Tronchet.

Nella seduta de' 3 Germinale susseguente il Sig. Bigot di Preamneau presenta una nuova redazione dell' art. ne' seguenti termini « I testa-
 » menti non potranno essere rivocati in tutto, o
 » in parte, che in forza di un atto autentico
 » portante dichiarazione di cambiamento di vo-
 » lontà. »

Comunicata però tal redazione al Tribunale nella seduta del 24, Germinale, la correzione proposta dal Sig. Preamneau venne rigettata, e l' art. 1035 rimase sanzionato come siegue. » I

» testamenti non possono revocarsi nè in tutto nè
 » in parte, se non con testamento posteriore, o con
 » atto innanzi Notaro, nel quale sia dichiarata la
 » mutazione della volontà. »

In seguito di ciò tutt' i Giureconsulti francesi riconobbero non dubbia l'efficacia della revoca di un primo testamento valido, mediante un secondo testamento quantunque nullo per forme: Grenier è di questo avviso nel suo trattato delle donazioni pag. 227 tom. 2. Maleville sostiene anche questa opinione nella sua analisi ragionata della discussione del cod: civile al Consiglio di Stato. Roussau della Combe consagra come massima, che un secondo testamento benchè nullo per forme, purchè contenga la clausola revocatoria, è ben capace di revocare un primo testamento valido.

Pothier nel suo trattato de' testamenti dice: »
 » quantunque un secondo testamento, che contiene
 » la revocazione del primo sia nullo nella forma,
 » il primo non lascia di essere revocato, perchè la
 » revocazione dei testamenti potendosi fare *nuda*
 » *voluntate* benchè nullo il secondo per forme,
 » la revocazione sussiste, non essendo soggetta a
 » formalità! »

Gli autori delle Pandette francesi commentando l'articolo 1035 si esprimono così; » siegue
 » da ciò che la revocazione di un primo testamen-
 » to fatto con un' altro testamento ricevuto da No-
 » taro, ed il quale sarà nullo a motivo dell' inosser-
 » vanza di qualche formalità deve tuttavia pro-
 » durre il suo effetto in quanto alla revocazione
 » del primo, e la ragione si è che una tale rivo-
 » cazione si trova enunciata in un atto innanzi No-
 » taio; questo atto è nullo come testamento, ma

» non sarà nullo come atto di Notajo, e la dichiara-
 » zione di revocazione fatta innanzi ad un Nota-
 » ro, non è che un testamento senza formalità. Il
 » testamento pubblico imperfetto non può valere
 » come testamento, ma riguardo alla revocazione
 » esso contiene ciò che la legge richiede» Il Sig.
 Basile redattore del Manuale di Giurisprudenza
 dice » Lasciam da parte le nostre antiche idee,
 » se noi vogliam prendere con aggiustatezza lo spi-
 » rito delle disposizioni del Codice Napoleone, so-
 » pra la materia delle successioni, e delle disposi-
 » zioni testamentarie. La successione legittima,
 » quella che distribuisce con saggezza, e con im-
 » parzialità i beni del defunto, è il modo che la
 » legge investe di tutto il suo favore. »

» Le istituzioni sotto il nuovo dritto furono
 » sottomesse agli stessi mezzi di revocazione, che
 » la Legislazione Romana avea ammesso contro i
 » legati e fedecommissi. Un semplice cambiamen-
 » to di volontà, *nuda voluntas* basta oggigiorno
 » per revocare una istituzione, come bastava un
 » giorno per revocare un legato Vi ha
 » dunque in questo testamento due atti della vo-
 » lontà, l'uno che toglie, e l'altro che conferisce
 » una liberalità: or come si esige meno di solen-
 » nità per togliere, che per dare, l'altro può non
 » avere la forza di operare l'ultimo effetto, senza
 » perdere nulladimeno quella di adempiere al 1.º »

In fine i due celebri Cattedratici di Parigi,
 e di Rennes, Delvincourt, e Toullier insegnano
 le stesse dottrine. Il primo nel tom. 5. pag. 58
 dice » la revoca del testatore è espressa allorquan-
 » do il testatore si è intorno a ciò formalmente
 » spiegato sia in un testamento posteriore, sia in
 » qualunque altro atto avanti Notaio dichiarativo

» del cambiamento della sua volontà. La revocazione in questo caso può essere totale, o particolare.

» Ella è tacita: 1.° quando il testatore, abbia annullato affatto il suo testamento: 2. o l'abbia messo in uno stato in cui non può essere considerato come tale. »

E nella nota 332 lo stesso scrittore dopo di aver proposta l'identica quistione, la risolve nel seguente modo » Coloro i quali sostengono, che in tutt'i casi l'atto è nullo anche come revocazione, dicono, che un testamento è un tutto indivisibile, il quale non può scindersi, e dee perciò valere, o esser nullo per intero. Ciò è fuor di dubbio, e se la revocazione, non potesse farsi che per testamento, sarebbe del pari inconcusso, che qualunque revocazione contenuta in un testamento nullo, sarebbe nulla egualmente, ma una revocazione ai termini dell' art. 1035, 990 può farsi con qualunque altro atto diverso dal testamento, e dietro ciò non considererebbesi l'atto in quistione contenendone due distinti, cioè un testamento ed una revocazione, ed in questo caso perchè la nullità di uno de' due atti trarrebbe seco quella dell' altro? Si crede forse, che un atto di scrittura privata il quale contenesse una donazione tra vivi, e nel tempo istesso un mandato al donatario di amministrare gli affari del donatore, non varrebbe come procura, benchè certamente sarebbe nullo come donazione? Perchè dunque nel caso nostro l'atto di revocazione non potrebbe esser valido, non ostante la nullità dell'atto testamentario? Non è questo forse il caso di applicare la massima *utile per inutile non vitiatur*? Tale è pure la sentenza di Pothier, il quale formalmente decide nel suo trattato delle do-

» nazioni testamentarie cap. 6. sez. 2. n. 1.
 » che quantunque un secondo testamento il quale
 » contiene una clausola, che rinvoca il primo, sia
 » nullo nella forma, il primo non lascia di essere
 » rinvocato. Giacchè, egli soggiunge, la rinvocazione
 » di testamenti potendo farsi *nuda voluntate*, il
 » secondo testamento, benchè nullo, debb'esser va-
 » lido per la clausola di rinvocazione, la quale non
 » va soggetta alle formalità testamentarie. »

E Domat part. 2. lib. 3. tit. 1. sez. 5.
 stabilisce nella nota seguente all'art. 19. » che
 » quando si tratta della validità di un atto in cui
 » son comprese due cose le quali hanno fra esse
 » de' legami, se l'una delle due non può sussiste-
 » re l'atto non lascia di valere per quella che
 » può sussistere senza dell'altra. »

Lo stesso scrittore cita in sostegno della sua
 opinione l'autorità di Ricard, di Rosseau de la
 Combe e quella del Giureconsulto Papiniano nel-
 la l. 3. *quibus modis pignus vel hypoteca sol-
 vit*: e quindi passa a confutare tutti gli argo-
 menti prodotti in sostegno delle contrarie teorie.

Il dotto Toullier dopo avere nel tom. 5. n.
 621 a 627 rapportato l'intero tenore delle di-
 scussioni al Consiglio di stato da noi sopra tra-
 scritte, e dopo avere analizzato con quella pro-
 fondità ed eloquenza, che lo distinguono gli ar-
 gomenti in sostegno delle due opposte opinioni,
 nei n. 628, 629 e 630 conchiude » che la ri-
 » vocazione contenuta in un secondo testamento,
 » nullo come testamento, sia valida quando sia ri-
 » vestita delle formalità necessarie per gli atti no-
 » tariali ordinari; che se il secondo testamento im-
 » perfetto non rinvocasse il primo in termini espres-
 » si, ma tacitamente per mezzo di disposizioni as-

» solutamente contrarie alle precedenti, non debba
 » meno produrre la revocazione del primo; che se
 » il testamento fosse nullo per incompetenza del
 » notaio, o per inosservanza di una formalità im-
 » portante nullità di atti notariali, siccome allora
 » non potrebbe valere, che come privata scrittura
 » così non avrebbe la forza di operare la revoca-
 » zione del primo testamento perchè l'art. 1035
 » richiede un atto avanti notaio; che se l'atto di
 » soprascrizione di un testamento mistico fosse nul-
 » lo, il testamento non essendo atto notariale, non
 » potrebbe revocare i precedenti; che sarebbe lo
 » stesso di un testamento olografo annullato, per
 » non essere intieramente scritto, sottoscritto, e da-
 » tato dal testatore, e nel quale senza farsi altre
 » disposizioni si dichiarasse soltanto di revocare
 » gli antecedenti testamenti. »

Or dietro i principi esposti, e le autorità rapportate che sono state coronate dall' unanime suffragio della giurisprudenza, chi potrebbe più sostenere, che un testamento posteriore benchè nullo per forma quando contenesse le qualità essenziali, che lo rendono valido come atto innanzi notaio non possa produrre la revoca di un precedente testamento valido?

So bene che i sostenitori della contraria teoria si fanno scudo della leg. 18. *de legatis tertia*, ch' è del giureconsulto Pomponio della leg. 9. ff. *de iniusto rupto testamento*, e 201. ff. *de reg. jur.*; mi è noto del pari, che la Corte Suprema di giustizia con decisione de' 18 Gennaio 1823 nella causa tra Squillacioti, e Contestabile ha consagrato la contraria teoria, ma ciò non pertanto io credo, che questi soccorsi non possono affatto migliorare la difesa del Sig. Carlo.

Ed in vero noi alle leggi citate potremmo opporre le leg. 21 e 24 cod. *de testamentis*, la l. 35 *de testamento militis*, la l. 24 ff. *de adimentis legatis* §. 1.º nelle quali il Giureconsulto Paolo che n' è l' autore consagra in termini precisi, che basta la semplice volontà del Testatore per rivocare i legati, ed i fedecomessi. Noi potremmo osservare col dotto Toulhier che il caso proposto dal Giureconsulto Pomponio nella legge 18. ff. *de legatis tertia*, fonda su di una presunzione nascente dalle parole espresse nel secondo atto, che il testatore, cioè: *ita demum a priore testamento, recedit si posterius valiturus sit*; che la leg. 9. ff. *de injusto rupto testamento*, riguarda il caso della cattività, ed il dritto del postliminio accordato ai prigionieri presso il nemico, che nulla ha che fare colla quistione in disputa; che la leg. 201. ff. *de reg. jur.* riguarda le esecuzioni delle disposizioni contenute nel testamento dette perciò dal Greco traduttore *eventus apotelesmata* per le quali ha luogo la massima consagrada nella leg. citata ch'è del Giureconsulto Giavoleno, cioè che *omnia quae ex testamento proficiscuntur, ita statim eventus capiunt, si initium quoque sine vitio coeperint*. Noi potremmo a quel responso di Papiniano contenuto nella leg. 18. *de legatis tertia* contrapporre altro responso dello stesso Giureconsulto contenuto nella legge 11. ff. *de bon. pos. secundum tabulas* §. 2. ove Papiniano proponendo il caso di un Padre, che dopo fatto il testamento si fosse dato in arrogazione, e quindi avesse cessato di vivere, conchiude, che l'erede istituito non può reclamare l'esecuzione del testamento rivocato tacitamente col

fatto dell'arrogazione del testatore. Ma a che disturbare le ceneri illustri de' Giureconsulti che vissero XVIII. secoli prima di noi per chiamarli a consiglio, onde interpretare l'articolo 1035 cod. francese che fu redatto nel 1800 sotto ben differenti principî, e l'art. 990 leggi civili dettato dalla saviezza del nostro Augusto Sovrano non pria del 1819? È egli forse da mettersi in dubbio che presso i Romani la causa testata era favoreggiata tanto da riputarsi quasi macchiato d'infamia colui che avesse la disgrazia di non poter fare il suo testamento, e che anche verificandosi un tal caso il Pretore suppliva la presunta volontà del defunto col rimedio detto *bonorum possessio contra tabulas*, siccome in caso di un testamento nullo per sfuggire l'onta della successione intestata in vece di dichiararsene la nullità, si deferiva il possesso agli eredi istituiti coll'altro rimedio detto *bonorum possessio secundum tabulas*?

Ma questi principî non possono essere applicabili alla nuova legge, la quale niun favore accorda alla causa testata, che anzi essa in certo modo tollera i testamenti, ma non gli applaude, permettendoli sol perchè crede che debbasi accordare all'uomo la facoltà di poter seguire i movimenti della natura nel disporre in parte della trasmissione de' suoi beni come ha osservato il Consigliere Bigot Preameneau nella seduta del 2 fiorile anno 11, ma sempre dando una preferenza alla ripartizione regolata dalla legge medesima nell'ordine delle successioni intestate.

In quanto poi all'arresto della nostra Corte Suprema de' 18 Giugno 1823, noi dichiariamo

francamente, che i nostri lumi son troppo limitati per poter penetrare le alte e profonde vedute di quei saggi Magistrati che compongono la Suprema Corte Regolatrice, ma senza volerci rammentare neppure, che un arresto non basta a fissare la giurisprudenza ci facciam lecito di osservare, che nel caso di quell'arresto si è invocata la legge 18. ff. *de legatis tertio*, e appunto perchè nel secondo testamento di Laura Contestabile ravvisasi la volontà della testatrice di doversi annullare il primo testamento solamente quando fosse valido il secondo giusta la specie proposta dal Giureconsulto Pomponio nella legge citata, perchè in ambidue i testamenti Laura Contestabile scrisse egualmente eredi le quattro di lei figliuole, ed una nipote del figlio premorto, nè variavasi nel secondo contenente la clausola rivocatoria, se non in quanto a pochi legati, de' quali parte ne aggiunse, parte ne tolse dal primo. Era quindi chiaro che Laura Contestabile sempre ferma nella sua volontà di aver per eredi le quattro di lei figliuole, e la nipote dal figlio premorto, che istituì eredi nel primo, come nel secondo testamento, nell'apporre al secondo la clausola rivocatoria del primo, manifestamente volle *ita demum a priore testamento recedi si posterius valiturum sit*, ch'è il preciso caso della l. 18. ff. *de legatis tertio*.

Or che ha che fare quella specie con l'altra che ci occupa? Il Sig. D. Casimiro nel secondo testamento del 7 Novembre 1817 non varia solo ne' legati, ma non nomina più erede a D. Carlo istituito nel primo testamento del 7 Gennaio 1815, ch'ei volle espressamente rivocare; la sua volontà dunque per la rivocazione del primo non

fu subordinata alla validità del secondo ma fu pronunziata in un modo assoluto di non dover cioè mai più avere esecuzione il primo testamento dacchè era cessata la causa finale che avealo determinato a nominar per erede a D. Carlo, col quale era in disgusti, e che perciò non ha nominato punto nel secondo.

Ma indipendentemente dalla revoca espressa che contiensi in termini formali nel testamento del 7 Novembre 1817, nella causa in esame v'è la revoca tacita risultante da tanti fatti posteriori, e specialmente dal testamento mistico del 1. Settembre 1825 dato a conservar a Notar . . . e che indubitatamente è stato involato dal Sig. D. Carlo. I convenuti assumono, ed offrono provare: 1. Che dopo il 1815 sursero tra il defunto D. Casimiro, e D. Carlo discordie gravi e notorie appunto perchè gravi: 2. Che dessi non si sono riconciliati fino alla morte del Cantore: 3. Che il Cantore in data del 1. Settembre 1825, durante le discordie col fratello, fece altro testamento mistico, che diede a conservare a Notar . . . come dall' estratto della particola del Repertorio debitamente comunicato: 4. Che finalmente essendo trapassato il Notaro in Agosto 1827, e trapassato pure il Cantore in Ottobre detto anno, D. Carlo interessato a far sussistere il primo testamento del 1815 si avvisò d' involare l' ultimo, le di cui disposizioni tendevano a privarlo dell' eredità. Or dietro tali fatti di cui i convenuti ne offrono la pruova, chi può dubitare, che il testatore col testamento del 1825 avesse voluto tacitamente annullare quello del 1815 di cui intende giovarsi il Sig. D. Carlo? Toullicr tom. 5. pag. 614 dice » La revocazione dei

» testamenti è espressa quando il testatore ha dichiarato formalmente per iscritto, ch' egli rivoca il suo testamento, e che rivoca tale legato, e tale disposizione particolare. E' tacita quando risulta da un' altra disposizione del testatore, o da un fatto che suppone un cambiamento di volontà. » E nei n.ⁱ 654, 655 del tom. 5. lo stesso scrittore insegna che la cessazion della causa finale fa presumere la revocazione del legato, locchè comprova con infiniti esempi tratti dalle leggi Rom. e che tal presunzione ha luogo del pari in caso d' inimicizia tra il testatore e l' erede. Vedi Delvincourt tom. 5. pag. 38. e nota 332, 333 e 334.

Se egli è indubitato, che il fu Cantore D. Casimiro allorchè fece il primo testamento del 1815 istituì erede D. Carlo, mosso dalla causa finale di ottenere ch' egli sposasse D. Lucrezia; se dopo il rifiuto di tali nozze il Cantore D. Casimiro col testamento del 7 Novembre 1817, irato col germano di lui primo erede, espressamente rivocò il primo testamento, istituendo erede la stessa D.^a Lucrezia rifiutata da D. Carlo; se finalmente non contento di tale revoca, senza mai riconciliarsi col fratello fece il terzo testamento mistico al 1. Settembre 1825, che D. Carlo ebbe cura d' involare; chi mai non ravvisa nel progresso di tanti fatti tutt' i caratteri dell' espressa, e della tacita revocazione? In oggi, o Signori, la sola volontà dell' uomo, e non altro che la sua volontà basta a toglier l' eredità a colui cui era stata deferita senza la necessità di un secondo testamento, come era prescritto dalle leggi Rom. in grazia del favore alla causa testata; in oggi ogni cittadino gode di quel privilegio, che

il Rom. dritto accordava solo ai militari vestiti del Cinto Gabino, e che rendevali arbitri assolutamente nel rivocare le loro testamentarie disposizioni, e quindi giustamente i convenuti si augurano, che il Tribunale voglia riconoscere come rivocata la testamentaria disposizione del Cantor Casimiro dei 7 Gennajo 1815, dichiarando intestata la sua successione.

QUISTIONE

L' INVOLAMENTO DEL TESTAMENTO FATTO DALL' EREDE COSTITUISCE UNA CAUSA D' INDEGNITÀ PER ESCLUDERLO DALLA SUCCESSIONE LEGITTIMA AI SENSI DELL' ART. 648 LL. CC.

Questa quistione ci si è offerta in Aprile 1829 nella causa tra C. C. e noi l'abbiamo discussa nei seguenti termini.

1. L' indegnità non è che una pena, che la legge infligge a colui che manca a' suoi doveri verso il defunto, o mentre egli ancor viveva, o dopo la sua morte. La pena sempre inseparabile dalla colpa giustamente percuote colui, che avesse con qualunque mezzo impedito al defunto di testare, dacchè egli allora non dalla volontà del defunto, ma dal suo delitto cerca ritrarre quell' eredità di cui la legge ne lo rende indegno. Questo dritto è una conseguenza della ragion naturale appoggiata sull' equità, e diretta da' bisogni della società, e de' particolari.

2. Le leggi Romane avean moltiplicate le cause dell' indegnità; il dritto Francese le avea ristrette di troppo: le nuove leggi le han restituite a quei giusti limiti che l' interesse publico re-

clamava per punire le colpe più ovvie a verificarsi in simili casi.

Ognun sa che per dritto Romano era indegno di succedere: 1. Colui che fosse stato condannato per avere ucciso, o tentato di uccidere il defunto: 2. Colui che avesse promossa contro il defunto un' accusa di delitto capitale giudicata calunniosa: 3. L' crede in età maggiore, che informato dell' omicidio del defunto non l' avesse denunciato alla giustizia: 4. Se l' crede moveva contro il defunto una quistione di stato: 5. Se alcuno avesse preso per moglie una donna di quella Provincia cui presiedeva, o se il tutore avesse sposato la sua pupilla, la quale poscia gli avesse lasciato qualche cosa: 6. Se l' adultero lasciava all' adultera qualche cosa nel testamento: 7. Se alcuno denunciava falso quel testamento, in cui era stato beneficato: 8. Colui che avesse imputato alla madre del testatore di avere soppiantato il parto: 9. Colui che avesse sottratto qualche cosa dell' eredità pria dell' accettazione: 10. Colui che avesse impedito al defunto di testare: 11. Colui che essendo crede legittimo avesse distrutto il testamento, che il defunto avea fatto. Vedi l. 9. ff. *de jure fisci*, 7, 11 e 23 ff. *de iis quae ut indignis*. 7 ff. *de bonis damnatorum*, 31 ff. *de adhimendis et transferendis legatis*, 8, 9, 10 *Codicis de iis quibus ut indignis auferuntur*, l. 2. ff. *ad legem Corneliam de falsis*, et l. 1. §. 13. *eodem*, ed in tutti tai casi il Fisco subentrava in luogo dell' crede, o del legatario.

È noto del pari che in altri casi la parte che sarebbe spettata all' indegno si attribuiva ad altri senza che ne partecipasse il Fisco. Così: 1.

Il legatario destinato tutore, scusandosi della tutela perdeva il legato che si dava al pupillo L. penultima cod. *de legatis*: 2. Il legatario che avesse nascosto il legato perdevalo, ed in sua vece rimaneva all'erede l. citata: 3. La madre, che non chiedeva un tutore a' figli inpuberi perdeva l'eredità dei figli, che si deferiva a' parenti del pupillo. L. 10 cod. *de legitima haereditate*, l. 2. *qui petunt tutores, et curatores*: 4. Il legatario divenuto nemico capitale del testatore perdeva il legato, che si accresceva all'erede, come perdevalo colui, che avesse atrocemente ingiuriato il testatore l. 9. ff. *de iis quae ut indignis*: 5. In fine la vedova che passava a seconde nozze pria di terminare l'anno del lutto perdeva tutti gli utili che avesse ricevuto per testamento del primo marito, subentrando in di lei vece i parenti del marito istesso l. 1. cod. *de secundis nuptiis*.

In fine Domat ci assicura, che le cause di indegnità non debbonsi limitare a quelle espresse nelle leggi citate; ma se avvenisse qualche altro caso in cui l'equità, ed i buoni costumi richiedessero di dichiarare un erede indegno sarebbe giusto privarlo dell'eredità. Ved. Domat tom. 3. lib. 1. tit. 1. sez. 3. pag. 281. §. 2.

3. Il dritto Francese nell'art. 727 avea ristrette le cause d'indegnità alle tre prime da noi enunciate, ma il saggio nostro legislatore ne n.º 3. e 4. dell'art. 648. uniformemente al dritto Romano aggiunse ancor le seguenti: 1. Quello che avesse costretto il testatore a disporre mentre non voleva, o diversamente da quel che voleva: 2. Colui che avesse vietato con violenza al defunto di far testamento. Or s'egli è vero,

che D. Carlo sottrasse il testamento del 1. Settembre 1825 come mai potrebbe egli esser dichiarato degno di succedere al testatore, di cui ha reso vane le disposizioni usando di un dolo malo ancor maggiore di quello che richiederebbsi per impedirlo a testare? E non ottiene con più facilità il suo intento colui, che essendo crede legittimo sottrarre, invola, disperde il testamento, di quell'altro che ricorre alla violenza fisica per impedire al testatore di testare? Quest'ultimo può, e dee temere dell'autorità del Magistrato, il quale può ad ogn'istante far cessare la violenza, può, e dee temere che la violenza cessando per fatto suo il testatore possa cogliere un momento di libertà per redigere un testamento olografo, può finalmente, e dee esser mal sicuro del conseguimento del suo fine finchè un momento di vita rimane a colui di cui egli cerca asservire, e costringere la volontà. Ma chi medita lo involamento e l'esegue egli rendesi più che mai certo di conseguire l'intento, perchè guidato dal dolo nulla fa, nulla esegue di ciò cui il testatore potesse avvedersene per assicurar l'adempimento de' suoi voleri, ed egli intanto contro la espressa volontà del defunto si rende padrone di que' beni che la legge a lui deferisce nel solo caso d'inesistenza del testamento disperso, od involato per opra sua. Or come si direbbe indegno di succedere il primo, e degno di succedere il secondo, in cui concorre colpa maggiore, perchè maggiore è il dolo, che lo ha guidato impavido nel felice successo?

Ciò che ripugna alla ragione non può esser voluto dalle leggi, e se tutto la legge non ha potuto prevedere, se tutto la legge non ha po-

tuto esprimere, è perchè si è abbandonata alla saggezza, ed al regolato arbitrio de' Tribunali. Del resto dicono i dotti autori del nostro Commentario tom 3. pag. 135 « sull' estimazione del-
 » le diverse circostanze de' fatti, che secondo i
 » n.ⁱ 3. e 4. dell' art. 648 divengono causa d'
 » indegnità, il legislatore necessariamente ripor-
 » tar si deve alla prudenza, ed al regolato ar-
 » bitrio de' Tribunali. »

4. Ma oltre a ciò s' egli è vero, che in caso di dubbio, o di oscurità d' una legge novella, le leggi antiche, e gli usi precedentemente eseguiti sono il Commentario il più sicuro, che i Magistrati possono, e debbono consultare; s' egli è vero, che in casi simili il Magistrato dee amare di ritrovar nella legge nuova quanto si sapeva, quanto si praticava, quanto l' uso avea trovato opportuno; e quanto l' abitudine avea reso comodo e familiare per lo addietro, vediamo un poco cosa le antiche leggi disponevano, e cosa per antico uso praticavasi in un caso simile.

Il Giureconsulto Paolo nella l. 2. ff. *de lege Cornelia de falsis* dice: *qui testamentum amoverit, celaverit, eripuerit, doleverit, interleverit, subjecerit, resignaverit, legis Corneliae pena damnatur*; ed ognuno sa che la pena di questa legge oltre della deportazione, era la indegnità dell' erede, la di cui parte attribuivasi al fisco. La saggezza de' Romani Giureconsulti non potè dunque non riconoscere per indegno di succedere colui che involato avesse *dolo malo* il testamento del defunto, e questa massima era stata ricevuta tra noi non men che in Francia, colla sola modifica, che l' eredità dell' indegno lungi dal deferirsi al fisco, riputandosi egli sola-

mente vacante nel suo grado, accrescevasi agli altri coeredi, come osserva il celebre Chabot nel suo quadro della legislazione antica pag. 53.

Or se lo spirito della legge, le regole d'interpretazione, la Legislazione Romana da cui indubitatamente l'art. 648 è stato desunto, le antiche nostre costumanze tutte concorrono a render comune l'indegnità, ed a colui che con violenza impedisce al testatore di testare, ed a colui che invola dolosamente il testamento, come non riconoscere il Sig. C. indegno di succedere al defunto Sig. B. ? Come non escluderlo dal concorso degli altri coeredi alla di lui successione intestata ?

5. Ma si dirà che l'involamento non è provato benchè dimostrato ad evidenza, che il Sig. C. in data del 1. Settembre 1825 avesse fatto il mistico testamento. Ebbene; che si ordini una pruova per verificare i fatti articolati, ed in esito della medesima il Tribunale sarà nel caso di pronunziare definitivamente sull'indegnità di cui si è reso sicuramente colpevole colui, che *dolo malo* sottrasse il testamento del defunto.

QUISTIONE

LA RIVERSIONE STIPULATA A FAVORE DEL DONANTE SOTTO UNA CONDIZIONE RISOLUTIVA PRIA DELLA PUBBLICAZIONE DEL CODICE FRANCESE, PUÒ GIOVARE AI DI LUI EREDI SOTTO LE LEGGI CIVILI IN VIGORE ?

Essendosi questa quistione a noi offerta nella causa tra Amantea e Curti abbiamo creduto di risolverla ne' seguenti termini.

1.º Il dritto romano non ha mai annoverato le donazioni tra i contratti. Noi ci permettiamo di sottomettere alla saviezza del magistrato, che Giustiniano non annoverò le donazioni tra contratti di cui si occupa nel lib. 3. delle istituzioni, ma sibbene tra i motivi di acquistare il dominio di cui si occupa nel lib. 2. e, propriamente nel tit. 7.

E prescegliendo tra le autorità quella pur troppo imponente del dotto Aulizio, ci contenteremo di trascrivere l'opinione di questo sommo giureconsulto espressa nel trattato delle donazioni part. 1.^a cap. 1. *donatio*, egli dice, *dicatur modus acquirendi. Id plene sumptum a Justiniano est, qui donationem non recensuit lib. 3. Inist: inter contractus, sed de ea egit lib. 2. inter modos acquirendi. Illud interest inter contractum, et modum acquirendi, quod contractus sit actus, quo ex consensu plurium circa idem oritur obligatio; modus acquirendi sit, quo adipiscimur, vel rem, vel jus in rem, absque ulla obligatione. Unde licet per mutuum acquiremus ipsos nummos mutuo datos, non ideo mutuum est modus acquirendi, sed contractus, quia inde statim mutuarius ad tantundem restituendum obligatur. Ita quoque licet per pignus jus in rem acquiramus, non ideo pignus dicetur acquisitio, sed contractus cum inde obligatio nascatur.*

Ita per contractum non semper acquirimus rem vel jus in rem, sed semper obligamur. Per modum acquirendi semper acquirimus, nunquam obligamur. Insuper in contractu semper requiritur consensus, sive expressus, sive tacitus, sive præsumptus: in mo-

do acquirendi non est necessarius consensus, ut accidit in occupatione, in alluvione, in perceptione fructuum facta per bonæ fidei possessorem.

Non ita est in donatione, per quam modo dominium rei acquirimus, ut si res ipsa dono data sit: modo jus in rem, ut si rei usus, vel fructus, vel quid simile nobis est donatum, nec ulla inde nascitur obligatio, aut donatoris in donatarium aut converso. Unde ipsa donatio erit solum modus acquirendi.

Or non essendo la donazione un contratto non possono alle donazioni applicarsi le regole che Giustiniano pei soli contratti ha tracciate relativamente alla trasmissione dei dritti condizionali nel § 4. *de verbor. obligat.* nè le regole sanzionate per la trasmissione delle azioni nel titolo *de perpetuis ac temporalibus actionibus.*

Giustiniano nel § 4. sopra citato consagra, *ex conditionali stipulatione tantum spes est debitum iri: eaque ipsa spe in haeredem transmittimus, si priusquam conditio extet mors nobis contigerit.* Ma dalla spiega che ne fa Vinnio nel suo commentario risulta, che Giustiniano intese parlare della condizione sospensiva perchè dice detto illustre commentatore: *Vis conditionis omnis haec est, ut pendente ea nihil tum debeatur, ea impleta per inde habeatur, ac si ab initio pure debitum fuisset; deficiente, quasi nulla unquam fuisset obligatio;* ed il dotto Aulio insegna, che trattandosi di condizioni verificabili dopo la donazione, esse non debbono riputarsi che come patti *adjecti* incon-

inenti alla donazione, che sono regolati dal titolo *de pactis*, non mai dal titolo *de verbor. obligat.*, perchè le disposizioni in questo titolo contenute sono esclusivamente applicabili ai contratti.

2. Ammesso il principio, che le condizioni apposte alla donazione costituiscono un patto, uopo è vedere se tal patto sia personale, o reale, perchè i patti reali non si trasmettono agli eredi. In fatti nella legge 25. ff. *de pactis* si consagra: *personale pactum ad alium non pertinere, quemadmodum nec ad heredem Labeo ait*, e l' stesso insegna il giureconsulto Celso nella leg. 33. ff. *eodem*.

Gottofredo nella leg. 17. ff. dell' istesso titolo insegna: *pactum in personam conceptum emptori et donatario prodest, vivo tantum paciscente*, e ciò perchè, come osserva il dotto Aulizio nell' istesso trattato delle donazioni par. 1.^a pag. 248; la donazione non è mai un contratto, ma quando si aggiunge la stipulazione o il patto questi contengono una convenzione *donationis causa* la quale è ben diversa dalla donazione istessa. *Etenim* (egli dice) *quamvis donatio etiam per stipulationem celebreretur, etiam pacto nudo, et pollicitatione; tamen cavendum est, ne hinc cum vulgo decipiamur; quandoquidem aliud est donare, aliud convenire donationis causa*. E più appresso: *Nos interim dicimus donationem nunquam esse contractum* ciò che pienamente sviluppa nella controversia 1.^a pag. 249 a 251.

Il Voet nel lib. 2 tit. 14 *de pactis* n. 13 dice: *pacta personalia appellantur, quae soli paciscenti prosunt, non haeredibus, multoque mi-*

nus emptoribus, donatariis, legatariis, aliisque similibus successoribus particularibus.

Ed il dotto Vinnio nel suo trattato *de pactis* cap. 13. n.º 4. dice: *pacta autem in personam concepta ejus cui facta sunt personam non egrediuntur, qua de causa nec heredibus prosunt.*

Ed in fine il Cardinal de Luca guidato da questi principî dopo aver insegnato, che la donazione si risolve per l'inadempimento delle condizioni, soggiunge che la risoluzione in tai casi non operata durante la vita del donante non può aver più luogo dopo la sua morte.

3. Nè questi principî sono stati cambiati dalle nuove leggi, o rigettati da moderni commentatori. Per amor della brevità si sottomette solamente alla saviezza del magistrato che le nuove leggi nell'art. 814 chiamano la donazione tra vivi *un' atto*, ed i dotti commentatori del nostro commentario sull'articolo istesso insegnano:
 » nè nel dritto romano, nè nel codice civile è
 » stata la donazione nella classe de' contratti an-
 » noverata: è di fatti non può propriamente con-
 » tratto appellarsi, ma solo un modo di acqui-
 » stare. Secondo il dritto romano la donazione
 » faceasi mediante la tradizione della cosa, o per
 » stipulazione, o per patto o sia promessa. Per
 » tradizione facendosi, certamente contratto non
 » era, poichè non vi ha contratto onde obbli-
 » gazione, ed azion non nasca, eseguita la tra-
 » dizione, l'affare essendo perfezionato nulla vi
 » resta che il donante abbia a dare o a fare, o
 » il donatario a chiedere, a differenza di ciò che
 » ha luogo ne' quattro contratti reali, di mutuo,
 » commodato, deposito, o pegno, ove resta l'ob-

» bligazione per parte di colui che riceve. Se
 » poi fosse il dono mediante stipulazione, o pat-
 » to, ciò altro non importa che l'obbligo di do-
 » nare, e l'azione personale all'adempimento non
 » nasce dal contratto di dono, ma dalla stipu-
 » lazione ch'è fra i verbali contratti riconosciu-
 » ta o dal patto che per le leggi posteriori è
 » stato alla solenne stipulazione in materia di
 » donazioni eguagliato. Nè la necessaria ac-
 » cettazione produce il contratto, sì perchè può
 » susseguire, sì perchè anche un legato, l'ac-
 » cettazione richiede, nè perciò dopo accettato
 » degenera in contratto.

Or se la donazione per dritto romano non era contratto, ma un semplice modo di acquistare il dominio, da cui non ne risultava obbligazione alcuna; se le condizioni apposte alla donazione non sono che altrettanti patti da regolarsi colle norme fissate nel titolo *de pactis*, le quali dispongono in termini precisi, che i patti personali non sono trasmissibili all'erede; se in fine nel caso in esame il patto fu stipulato a favore del solo D. Diego, e non de' suoi credi, con qual dritto può reclamarsi da D. Claudio colla qualità di erede testamentario? Rovito tom. 2. consultazione 15. n.º 1.º a 5.º; Cirillo tom. 3.º pag. 224. n.º 87, De Luca *de donat.* lib. 7. per tacer di tanti altri decidono testualmente la quistione contro dell'erede del donante, e tanto si augura D.^a Angiolina dalla giustizia del Tribunale.

4. Ma oltre a ciò l'inadempimento delle condizioni per dritto romano non fu mai annoverato tra le cause di revoca delle donazioni come risulta da' tre titoli del Codice *de donationibus*,

de donationibus quae sub modo, et de revocandis donationibus, e come ci assicurano il Perezio nel commento a detti titoli, il Pothier trattato delle donazioni, il Merlin alla voce *revocation*. La maneanza dell'adempimento delle condizioni faceva sì che i beni donati si restituissero al donante *jure pacti* come si esprimono le leggi 2.^a e 3.^a *cod. de donat. quae sub modo*, ed un tal dritto chiamavasi dritto di riversione, e dava luogo ad un' azione detta *praescriptis verbis*.

Si consultino tutt' i commentatori del codice, e del digesto, e si troverà che essi non riconoscono che due modi di rivocar la donazione; cioè l'ingratitude, e la sopravvenienza dei figli, poichè l'inadempimento delle condizioni costituisce un dritto di ritorno per effetto del patto di cui i Giureconsulti si occupano nel titolo della riversione convenzionale.

Conseguenza di questa verità si è che se l'inadempimento delle condizioni costituisce un dritto di riversione *jure pacti*, non può questo dritto trasmettersi all'erede quando il patto è personale secondo le teorie espresse ne' numeri precedenti, nè può sperimentarsi dall'erede quando non l'abbia sperimentato in vita il defunto donante.

5. Nè questi principî sono stati cangiati dalle nuove leggi, o rigettati da' moderni giureconsulti. Del Vincourt tom. 5. pag. 27. e 28. nota 142. a 150. dice, che la rivoca per inadempimento di condizioni costituisce un dritto di riversione soggetto alle stesse leggi.

Grenier vol 1. par. 2. pag. 393 dice, che la rivoca della donazione per causa dell'inadem-

pimento delle condizioni non si opera *ipso jure*, ma dev' essere domandata, non è stabilita per ordine pubblico, ma per l'interesse privato, e quindi conchiude con Del Vincourt non doversi fare alcuna distinzione tra questa specie di rivo-
 ca, e la reversion convenzionale. In fatti nel
 vol. 1. parte 2. pag. 27. n.º 26 dice, che la
 stipulazione del dritto di reversion dee noverar-
 si tra la classe delle condizioni casuali risolutive.

In fine il Toullier nel tom. 5. pag. 225 e
 226 dice che la condizione risolutiva dà luogo
 alla revocazione, e quindi nel n.º 280 rinvia il
 lettore al titolo 3. cap. 4. circa gli effetti delle
 condizioni risolutive casuali. Or se tanto è rivo-
 ca per inadempimento di condizione, che risoluzi-
 one di donazione per effetto del patto reversi-
 vo è chiaro che non essendo stato il patto ri-
 versivo stipulato se non in favore del donante,
 non potea giammai trasmettersi al di lui erede,
 e quindi D. Claudio non può profittarne subito
 che non ha esercitato un tal dritto D. Diego
 defunto.

6. In fine si osserva alla saggezza del magi-
 strato, che l'erede testamentario del donante non
 potrebbe altrimenti conseguire la sua eredità se
 non per mezzo della trasmissione, ed è noto che
 colla trasmissione si acquistano solamente i dritti
 diffinitivamente conseguiti dal defunto. L'erede
 in tal caso succede *in universum jus quod de-*
functus tempore mortis habuit, ed il donante
 in tempo di sua morte non aveva ancora acqui-
 stato dritto alla reversione, perchè essendo tut-
 tora vivo il donatario poteva fare figli maschi,
 e quindi verificarsi la condizione, l'inadempimen-
 to della quale solamente potea dar dritto alla ri-

voca. Se D. Diego testatore non acquistò tal diritto in vita, ed allorchè nel 1826 fece il suo testamento, come mai potè trasmetterlo all'erede D. Claudio? Veggasi su gli effetti della trasmissione Del Vincourt tom. 4. nota 30, e Toullier tom. 4. nota 188.

SULLA 2.^a QUISTIONE

Si osserva

1. Egli è indubitato, che la donazione in esame fu stipulata a 12 Dicembre 1808 dopo la legge del 15 Marzo 1807, colla quale sono state abolite tutte le sostituzioni fedecommissarie tanto dirette che indirette, tanto espresse, che tacite, tanto manifeste, che occulte e mascherate come insegna il Toullier tom. 5. n.° 45.

Egli è quindi evidente, che sebbene per le leggi latine imperanti all'epoca del 1808 i patti reversivi poteano stipularsi in qualunque modo, pur tuttavolta la legge del 15 Marzo 1807, impose un limite alla libertà di tai patti, dichiarando nulli quei, che contenessero una diretta o indiretta sostituzione, perchè quella legge non solo annullò le sostituzioni fatte, ma proibì anche le sostituzioni da farsi. Quindi quando anche nell'istrumento del 1808 si fosse pattuita la reversione in favor dell'erede (ciochè non sussiste in fatto, perchè il patto fu personale a D. Diego), l'erede non avrebbe potuto profittarne per l'ostacolo insormontabile che gli presentava la legge del 15 Marzo 1807.

2. Nè questa teoria sembri nuova o strana; Del Vincourt tom. 5. nota 144 insegna che la

riversione stipulata in favor di altri fuorchè del donante sarebbe nulla perchè contenente una sostituzione indiretta.

Grenier vol. 1.^o parte 2.^a pag. 34. n.^o 34. dice che la condizione di revoca stipulata in favore di altri fuorchè del donante sarebbe nulla, perchè contenente un vizio di sostituzione.

Il Toullier tom. 5 n.^o 287 parlando del patto di riversione stipulato a favore di altri fuorchè del donante lo dichiara nullo, rinviando il lettore al num. 45 ove dimostra che un tal patto conterrebbe una sostituzione certamente vietata tanto direttamente, che indirettamente. E tutti tre gli autori citati rapportano infinite decisioni, che confermano i principî da essi esposti, e di cui fia quì superfluo di rapportarne il tenore.

In fine gli autori del nostro commentario nell' art. 878 insegnano che la revocazione per condizione risolutiva dev' essere espressa, cioèchè equivale al patto di riversione, e nell' art. 875, 876, e 877 uniformemente alle opinioni di Del Vincourt, e di Grenier insegnano, che il patto riversivo stipulato in favor di altri fuorchè del donante sarebbe nullo, perchè conterrebbe un vizio di sostituzione mascherata, proibita dalla legge del 15 Marzo 1807.

CONCHIUSIONE

Essendosi dimostrato, che la donazione non è contratto, e che in conseguenza non possono alle donazioni applicarsi le regole fissate nelle istituzioni sotto il titolo *de verbor: obligat:*, e sotto l'altro titolo *de perpetuis ac temporalibus actionibus*.

Essendosi dimostrato, che tanto è dritto di rivo-
ca, che dritto di riverzione nelle donazioni,
e che la rivo- ca e la riverzione costituiscono dei
patti per la trasmissibilità de' quali bisogna os-
servare le regole fissate nel titolo *de pactis*.

Essendosi dimostrato, che il patto di river-
sione contenuto nella donazione del 1808 è un
patto personale al donante non trasmissibile al-
l'erede, perchè il donante morì quando la con-
dizione non erasi verificata, ed egli non avea
aquistato dritto alla riverzione.

Essendosi in fine dimostrato, che quando
anche il patto di riverzione si fosse stipulato in
favore dell'erede, sarebbe stato nullo in forza
della legge del 15 Marzo 1807 imperante al-
l'epoca della donazione, D. Angiolina Curti A-
mantea fondatamente si augura dal Tribunale
che venghi rigettata la dimanda di D. Claudio.

QUISTIONI

1. L'EREDE DI COLUI CHE HA FATTO UN CONTRATTO ASSO-
LUTAMENTE SIMULATO PER INGANNARE UN TERZO È AM-
MESSO AD IMPUGNARLO ALLORCHÈ L'ALTRO CONTRAENTE
NE CHIEDE L'ESECUZIONE IN SUO DANNO?
2. NELL'AFFERMATIVA PUÒ ESSERGLI PERMESSA LA PRUOVA,
SIA PER DIMOSTRARE L'INVOLAMENTO DELLA SCRITTURA
CRIMINOSAMENTE SOTTRATTA DALL'ALTRO CONTRAENTE CHE
NE RECLAMA L'ESECUZIONE, SIA LA CAUSA FALSA ED
ILLECITA CHE DIEDERO VITA AL CONTRATTO SIMULATO,
O PURE GLI OSTA IL DIVIETO SANZIONATO NELL'ARTICOLO
1295 LL. CC.?
3. SONO O PUR NÒ PERTINENTI I FATTI ARTICOLATI PER DI-
MOSTRARE NON MENO LA CAUSA FALSA ED ILLECITA
CHE DIEDERO VITA AL CONTRATTO, CHE LA FRODE CHE
NE SAREBBE L'EFFETTO?

Queste quistioni si sono offerte nella se-
guente.

Tizio temendo un giudizio di espropria per parte de' suoi creditori, con scrittura privata de' 15 Marzo 1834 simulò di vendere tutti i suoi beni ad un suo allievo, e scritturale, nipote di sua moglie che coabitava con lui e che avea cresciuto dall' infanzia. Dall'atto simulato di vendita si era steso un solo originale conservato da Tizio apparente venditore ch' esercitava la carica di Notaio. Colpito Tizio da morte improvvisa nel dì 10 Maggio 1837, il confidente, il nipote, l'amico, l'allievo che pranzava e dormiva in casa del defunto involò l'unico originale di vendita di cui impudentemente ne reclamava la esecuzione innanzi al Tribunale Civile di Calabria Citra.

Chiamati noi a difendere gli eredi di Tizio asserto venditore, abbiám risolte le proposte quistioni ne' seguenti termini.

SULLA 1.^a QUISTIONE

§. 1. Bravar le leggi coll'apparenza di sottomettersi al di loro impero, violare i contratti facendo mostra di eseguirli, tradir la buona fede invocandola in proprio soccorso, tale è l'umil linguaggio, tale è il criminoso scopo della frode che ha sempre e seno e mani;

Di citatorie piene e di libelli,
Di chiose di consigli e di letture (1).

(1) Ariosto.

Ma le trame che la frode ha ordite saran ben tosto sventate, la simulazione che ricopre di denso velo la verità fia ben presto palese, ed il trionfo della buona fede sarà assicurato dalla giustizia de' magistrati rendendo omaggio alla ragione ed alla legge.

§. 2. Ed invero le leggi di tutt' i popoli e di tutt' i tempi han sempre garentita la santità delle obbligazioni, l' adempimento degl' impegni contratti; ma allorchè il dolo, la frode, l' inganno, l' arte funesta di simulare cospirano per tendere insidie alla buona fede, il magistrato cui è dato il nobile ma difficile incarico della tutela delle proprietà, dee armarsi di tutto il potere di cui lo circondano le leggi per debellar la frode, per smascherare la simulazione, per reprimere il delitto nell' istessa sorgente criminosa che le diè vita, per squarciare infine il velo più o meno denso che involuppa la verità!

L' istoria che non s' invoca giammai invano per illustrar le leggi, ci assicura che i Romani eran molto severi nell' impedire che l' astuzia potesse arricchirsi a spese della semplicità, *ne vel illis malitia sua sit lucrosa, vel illis simplicitas sit damnosa*, come si esprime la l. 3. ff. de dolo; e come ci assicura Cicerone nel suo libro 3. degli uffici, perlocchè il Giureconsulto Paolo nella l. 55. ff. de contrahend. empt. espresse il seguente concetto: *Nuda et imaginaria venditio pro non facta est; et ideo, nec alienatio ejus rei intelligitur*. E nella l. 21. cod. de transact. si stabilisce il principio *quae simulatae geruntur pro infectis habentur*, sulla considerazione che l' atto simulato manca di consenso, di volontà, di materia a con-

trattare , per cui Baldo lo chiama *corpus sine anima* (1), e D' Argentrè dice *est extrinsecus apparens , intrinsecus nihil habens , quippe quae nulla conventio initur , nullus contractus agitur , sed fingitur*.

Sotto il governo de' Re , Numa Pompilio avea consacrato alla fedeltà un tempio al Campidoglio presso quello di Giove , ad oggetto di soggiogar la mala fede con questo culto religioso, perlocchè noi manchiam di leggi che in quell' epoca proteggessero dalle insidie della frode la buona fede garentita abbastanza dalla pubblica morale (2); ma allorchè sotto gl' Imperatori un lusso stolto campeggiò insultante dove si era inalzata al rango delle virtù la povertà; allorchè la corruzione divenne generale , e l' avidità fu il primo sentimento de' cittadini corrotti , allorchè infinc la frode sorgeva spesso orgogliosa ed ardita per insidiare agli altrui diritti, avente sempre per consulente il dolo e per ausiliaria la simulazione , le leggi Imperiali insorsero a garentirla con mezzi più vigorosi, ed in un apposito titolo del Codice troviam registrate le leggi protettrici dell'innocenza contro la frode, della buona fede contro l' astuzia , della esecuzione di una obbligazione vera a fronte de' contratti macchinati per eluderla (1).

(1) Baldo sulla l. 1. cod. *plus valet quod agitur*, dice che il contratto simulato *est tamquam corpus sine anima, et dicitur coloratus, depictus, extrinsecus apparens, intrinsecus nihil habens*.

(2) Vedi Delfico della giurisprudenza romana e dei suoi cultori.

(1) Le leggi delle dodici tavole si contentarono di

Nella *l. 27 ff. de pactis*, e nelle prime quattro leggi registrate nel titolo 12 *cod. plus valere quod agitur*, si sanziona che quando un contratto vero si fosse nascosto all' ombra di un contratto apparente *debet inquiri veritas facti*, perchè *plus actum quam scriptum valet*; ma quando l'atto scritto nulla contenga di reale, quando tutto sia stato simulato, sia per ischerzo, sia per ingannare ad altri, gl'Imperatori Valeriano e Galieno decidono *neutrum contractum*

proscrivere la frode con quelle espressioni *ut inter bonos bene agier oportet et sine fraudatione*, ma niuna norma si era data per smascherarla, e niun magistrato si era creato per punirla. Allorchè verso la fine del 4. secolo, cioè nell'anno 387 di Roma, i patrizi, dietro le rimostranze di Lucio Sestio, ottennero una nuova magistratura (la Pretura) cui si è accordato l'extraordinario potere di soccorrere la legge cadente; di supplirla difettosa, di correggerla erronea, d'interpetrarla oscura; *adjuvandi, supplendi, corrigendive juris gratia, propter publicam utilitatem jus honorarium inventum est, l. 7. ff. de just. et jur.*; allora surse l'azione paulliana, e quindi l'Editto pretorio per garentire la buona fede contro l'astuzia, l'innocenza contro la frode, l'esecuzione di un' obbligazione vera a fronte di un contratto macchinato per eluderla, come abbiain dal titolo del digesto *quae in fraud. cred. fac. sunt.*

E quando Roma dallo stato di corruzione, da una sfrenata licenza, dalla pretesa libertà passò sotto il giogo del dispotismo, l'imperatore Antonino colla *l. 1. cod. de revocandis his quae in fraud. credit. alienata sunt*, accordò l'azione reale ai creditori del defunto per le alienazioni fatte in lor pregiudizio dagli eredi dopo accettata l'eredità; e Giustiniano nelle sue istituzioni §. 6 *de act.* accordò l'azione rescissoria per quelle alienazioni ch'erano consumate colla tradizione, onde renderla inefficace e priva di effetti legali, *ut rescissa traditione possint dicere rem traditam non fuisse, et in bonis debitoris mansisse.*

(*in utroque alterutrius consensu deficiente*)
constitissè procul dubio est ; e conchiudevasi
 che tal contratto non potea trasferire neanche il
 possesso nell' acquirente, perchè mancava l' ani-
 mo di trasferirlo ai termini della l. 3. §. 3. ff.
de acquirenda vel amit. posses.

§. 3. Ove chiara è la legge, e ove i suoi termini
 son precisi, ogni interpretazione è un insulto è un
 onta che si reca al legislatore; ma se noi ci faremo
 ad analizzare lo spirito, se metteremo in rasse-
 gna i suoi motivi, se consulteremo i commenta-
 tori, se vorrem giovarci in fine della fiaccola lu-
 meggiante della giurisprudenza, noi non tardere-
 mo a persuaderci che l'atto assolutamente simu-
 lato non può produrre alcuna obbligazione, non
 può far sorgere alcun dritto, e che non può con-
 siderarsi che come inconsistente innanzi agli occhi
 della legge.

In fatti se non può sussistere l'idea di un
 contratto legale, se non pel concorso *duorum vel
 plurium in idem placitum consensus*, come ri-
 conoscere efficace quel contratto in cui nè l' uno
 propose di dare, nè l' altro di ricevere, nè l' u-
 no promise di trasferire alcun dritto, nè l' altro
 di accettarlo (1)?

E se un consenso non dato con riflessione
 e con conoscenza di causa; non dato liberaamen-
 te, senza violenza e senza sorpresa, rende la con-
 venzione invalida, come potrà questa dirsi effi-
 cace se il consenso manca del tutto e per parte
 dell' obbligato, e per parte di colui a di cui
 profitto dovrebbe ridondar l' obbligazione? l. 116

(1) Vedi Toullier tom. 6. n. 24.

ff. de regulis juris, l. 57 ff. de obligat. et act. E se l' obbligazione convenzionale è l' effetto immediato della volontà che la produce mediante il consenso che si pretese, l' istessa volontà è l' effetto del motivo che determina l' agente, ove questa causa determinante la volontà a consentire non esiste, è falsa, o è illecita, come potrà sussistere l' obbligazione che ne sarebbe la conseguenza? Son quest' i motivi per i quali la convenzion simulata vien dichiarata inefficace e nulla, e poichè niun altro più che l' agente, ed il contraente può dar ragione della verità o legittimità della causa che l' indusse a volere, della verità o apparenza del consenso ch' esser doveva l' effetto della volontà determinata a ciò che un' altro egualmente vuole, gl' Imperatori Valeriano e Galieno giustamente decisero che opposta la simulazione del contraente, opposta la mancanza di un consenso vero, e di una causa lecita, non potesse mai negarsi la pruova, *quaestio enim facti per judicem vel praesidem provinciae examinabitur* (1).

Così i sacrosanti dettami della legge protettrice delle obbligazioni vere, che sono l' effetto immediato della volontà libera determinata da una causa approvata dall' autorità pubblica, non rimarranno vittima dell' insidia che il dolo, la simulazione, e l' errore posson tendere alla buona fede!

Così la frode e l' inganno, sotto qualunque pomposa veste potessero nascondersi, verranno sempre debellati, annientiti, distrutti dal magistrato

(1) L. 1. C. plus valere quod agitur.

cui è dato il nobile e difficile incarico di farli eterna guerra!

Così allorchè si fa frode alla legge, sia sostituendo una causa ad un' altra *l. 3. ff. ad Senat. Consult. Maced.* sia sostituendo una persona ad un'altra *l. 26. ff. de usur. Novel. 22, 27 e 123*, sia un contra'to ad un altro *l. 5. 22. ed ult. cod. mandat.*, sia un modo ad un altro *l. 8. ff. ad Senat. Consult. Vellej.*, e sia scambiando nomi, tempi, quantità *l. ult. cod. de assessor. l. 59. ff. pro soluto, l. 4. ff. de his qui notantur infam.*, *l. 26. cod. de usur.*, l'atto sarà sempre nullo, e per servirci dell'espressioni di Teodosio e di Valentiniano, *nullum pactum, nullam conventionem, nullum contractum inter eos videri volumus subsecutum, qui contrahunt lege contrahere proibente, l. 5. cod. de leg.*

§. 4. Si è, egli è vero, disputato qualche volta nel foro, se quell'istesso che avea commessa la simulazione nulla potesse impugnarla; ma qual teoria la più semplice non ha formato oggetto di disputa presso i Tribunali negli opposti interessi de' litiganti? E quai sogni i più assurdi non han formato oggetto di un sistema presso i filosofi? *Nil sanctius quod manu hominum non corrumpatur* disse Tacito; e Sesto Empirico, parlando delle dispute forensi, ci ha fatto pur troppo conoscere, che non vi è paradosso, non vi è stranezza, che avesse mancato di un sostenitore (1).

(1) *Aliquando quidem suadent attendendum esse scriptum, ut verba legislatoris, ut quae sint aperta,*

Ma poichè siamo anche noi chiamati a discendere a questa disputa, ci fia lecito di penetrare al santuario della latina sapienza per essere illuminati sull' interessante ricerca che decider dee del destino di una infelice vedova, che per lo corso di 43 anni divise i piaceri ed i dolori dell' estinto consorte, minacciata ora di compiere il resto de' suoi pochi giorni nell' indigenza e nella miseria da quell' istesso nipote ch' ella designato avea a sostegno di sua vecchiaia dandole asilo, sussistenza, ed istruzione tra le pareti del suo affezionato consorte.

Fabro, commentando il titolo *plus valere quod agitur*, nella definizione 1. si esprime così: *contractus simulatus quoniam contrahentium voluntate, quae omnium conventionum anima est, destituitur, usque adeo nullus est ut pro infecto habeatur atque contractus nomen mereatur.*

E più appresso lo stesso scrittore nella definizione 2. dice, *simulationem contractus non modo contrahentes obijcere possunt, sed et eorum haeredes, adeoque singularis successores quin et tertii possessores, si eorum intersit.*

Il Mascardo *de probationibus*, conclusione 437, il Mantica *de tacitis et ambiguis conventionibus*, lib. 13. tit. 37; il Menochio *de*

et nulla opus habeant expositione. Aliquando autem contra, neque scriptum, neque verba, sed sententiam esse sequendam. . . . Unde etiam orator Bisantinus rogatus quomodo se habeat lex Bisantinorum, ut ego volo inquit. Sextus Empiricus adversus mathematicos: pag. 61.

praesumptionibus n.° 122; infine il Brunemanno ed il Gothofredo su la *l. 55. ff. de contrahend. empt.*; tutti uniformemente insegnano, che quando l'atto è colpito di una simulazione assoluta, ch' essi chiamavano *simulazione nuda*, quando la convenzione è fondata su di una causa illecita, o sia quando si è immaginata al solo fine d'ingannare un terzo senza che vi abbia nulla di reale, quell'istesso che avea commesso la simulazione poteva impugnarla, *quia non tamen turpitudinem, sed nullitatem contractus allegat*, facendosi solamente eccezione pel contratto di matrimonio cui il sacramento imprime il carattere dell'indissolubilità.

Era ben diversa poi la condizione di colui che avea stipulato un contratto colpito di simulazione *non nuda*, come dicevano gl' interpreti dell'antico dritto, ossia quando erasi stipulato un contratto vero sotto l'ombra di un contratto apparente, poichè allora il contratto valeva *quoad acti erat, non quoad simulate conceptum fuerit*, come vien deciso nelle *ll. 3 e 9 cod. de contrah. empt.*, ed ult. *ff. pro donato*; perchè (come insegnano il Gothofredo ed il Brunemanno sulla prima delle leggi citate) *contractus simulatus a licito ad illicitum non est irritus*, e quindi il contraente non era mai ammesso a proporre la nullità.

§. 5. Che se ci facciamo a consultare gl' interpreti del nuovo dritto, non resteremo meno convinti della verità e ragionevolezza della esposta dottrina.

Infatti consultando le discussioni ch' ebbero luogo al momento della compilazione de' nuovi codici in Francia, noi troviamo che il Consiglie-

re Bigot-Preameneau , dopo aver dichiarato al Corpo Legislativo che le donazioni fatte a persone incapaci per mezzo di persone interposte sian nulle, conchiude » Invano la legge avrebbe » dichiarato le persone designate come incapaci » di ricevere, se si potesse nascondere la donazione sotto il nome di contratto oneroso, e se » non si potesse provare che colui che ha formato l'atto non ha voluto fare un contratto » oneroso che gli era permesso , ma di eluder » la legge disponendo a profitto di una persona » incapace. »

Ed il Chardon nel suo trattato della frode, tom. 2. pag. 83 , proponendosi la questione se uno dei contraenti sia ammissibile ad arguire il contratto di simulazione, osserva » Che lo scopo di una simulazione fraudolenta, allorchè è » assoluta, non può costituire una convenzione » legalmente formata a' sensi dell' art. 1088 II. » cc. , perchè le obbligazioni senza causa, o fondate sopra una causa falsa ed illecita, sono » contrarie alla legge, e quindi le convenzioni » che la contengono non possono dirsi legali, che » gli assiomi *proprium turpitudinem allegans non est audiendus, et nemini sua fraus patrocinari debet*, non possono interdire al contraente d' impugnare una obbligazione nulla » perchè la prima delle massime citate è applicabile a colui che avendo fatta una compra simulata vuol giovarsene contro del terzo, lungi dal potersi opporre dal finto compratore al finto venditore cui osta l' altro aforisma *nemini sua fraus patrocinari debet. Vedi luogo citato pag. 103*; » Ed in fine egli conchiude col seguente interessantissimo ragionamen-

» to, che tanto onora la giustizia e la morale,
 scopo di ogni buona legge » Senza dubbio co-
 » lui che per disobbedire alla legge ha fatto un
 » contratto fraudolento è biasimevole; ma è que-
 » sto un motivo ragionevole di ricusarsi ad ascol-
 » tarlo quando il rimorso ed il pentimento lo
 » determini a chiederne la distruzione? È forse
 » più morale di soddisfare il complice che per-
 » siste nella sua frode, e di punire colui che si
 » pente, lasciando le sue spoglie a colui ch'è
 » invariabilmente perverso? »

§. 6. Passando finalmente alla giurisprudenza, ch'è la legge parlante, noi troveremo dappertutto ripieni a zeppo gl'interminabili volumi dei decisionisti di giudicati solenni ne' quali queste massime sono state consacrate, rispettate, ed applicate sempre costantemente a' casi particolari. Tra le infinite, ci fia lecito di riportare le seguenti.

La Gran Corte Civile degli Abbruzzi nella causa tra *Nardi e Nardi*, con decisione de' 30 aprile 1813, ammetteva l'azion di frode intentata da un contraente contro dell' altro; l'ammetteva nella causa tra *Passari e Densa*, con decisione del 18 aprile 1814; l'ammetteva con decisione del 30 settembre 1818, nella causa tra *Pingelli e Pingelli*, sulla considerazione che *il nuovo Codice Civile non vieta nè poteva vietare di provarsi con testimoni la frode o la simulazione impiegata nelle convenzioni, poichè alla pruova dei quasi delitti non vi è bisogno del principio di pruova scritta, nè la simulazione usata per far frode alla legge può altrimenti provarsi che colla verifica de' fatti concordanti e concomitanti.*

Nè diversa è stata la giurisprudenza della Corte Suprema di Giustizia, perchè questa con arresto dei 18 agosto 1821 ammise la pruova in un atto di vendita impugnato dal venditore sol perchè concorreauo urgenti indizi di frode e di dolo; ed uniformemente decise eziandio con arresto de' 26 gennaio 1824 nella causa tra Passaro e Gentile, e con arresto de' 28 luglio 1836 nella causa tra Ottato ed Ottato. È anzi marcabile nell' ultima specie, che trattandosi di alcuni acquisti simulati, per la simulazione dei quali si articolavano fatti, e si allegavano congetture gravi precise e concordanti, di cui la Gran Corte Civile non avea ammessa la pruova, vagliando *ingressu litis* le congetture allegate, la Corte Suprema cassò sulla considerazione *che nel senso della nuova giurisprudenza sebbene sia dato a' Giudici di statuire sull' ammissibilità della pruova secondo il loro criterio, niuna latitudine lor si concede allorchè l' atto sia impugnato per causa illecita o per causa di frode, e di dolo, ai sensi dell' art. 1307 ll. cc.*

Infine nella famosa causa tra Scoppa e Scoppa trattavasi nientemeno di sapere se D. Pietrantonio Scoppa poteva impugnare l' intrinseca nullità della girata per banco, il di cui contenuto tendeva a distruggere il maggiorato da lui stesso fondato, ed approvato dall' autorità Sovrana. Eppure il Tribunale Civile, la Gran Corte Civile, e la Corte Suprema di Giustizia hanno uniformemente considerato » Che la forma de' contratti nulla ha di comune colla loro sostanza, e » cogli effetti legali ch' essi posson produrre; che » molto meno alla nullità opposta da D. Francesco Antonio sia di ostacolo la massima di non

» potersi contradire al proprio fatto, impercioc-
 » chè in ogni tempo e sotto qualunque legisla-
 » zione fu fatta sempre distinzione tra le nulli-
 » tà relative ed assolute. Quando la legge an-
 » nulla un atto per considerazioni private e nel
 » solo interesse di persone determinate, stà be-
 » ne che la nullità non possa opporsi dall' au-
 » tore dell'atto nullo, ma unicamente dalle per-
 » sone in pregiudizio delle quali vien fatto, ed
 » a di cui favore la nullità fu sanzionata, ar-
 » gomento dell' art. 219 leggi civili, ma allor-
 » chè la legge per vedute generali, o per ragio-
 » ni di pubblica nullità, annulla taluni atti che
 » sorgono in contradizione de' suoi divieti, la nul-
 » lità è assoluta, vi s' incorre di pieno dritto, e
 » si può opporre da chiunque, NON ESCLUSO
 » L' AUTORE DELL' ATTO NULLO, articoli 1062,
 » 1082, 1085 e 1087 ll. cc., l. 5. cod. de
 » legibus, e Toullier tom. 7. n.º 538. »

§. 7. Or se la lettera e lo spirito dell' anti-
 ca e della nuova legge, l' autorità de' Dottori,
 l' interpretazione de' Forensi, la giurisprudenza
 costante de' Tribunali uniformemente ci assicu-
 rano che non è interdetto al contraente di chie-
 dere la distruzione di un atto simulato, cui ha
 dato vita la causa illecita, allorchè il rimorso ed
 il pentimento l' avranno arrestato all' orlo della
 consumazion della fraude, come niegar questo
 dritto all' infelice vedova del sig. Retacca, in di
 cui danno vuol consumarsi la frode tentata dal
 marito in danno del sig. Gabriele, e resa vana
 per l' infelice esito della di costui causa inten-
 tata con atto del 22 febbrajo 1834? Perchè ren-
 der vana elusoria ed inefficace la disposizione de-
 gli articoli 1085 e 1087 ll. cc., che in termi-

ni assoluti e precisi dichiarano prive di effetto le obbligazioni fondate sopra una causa falsa ed illecita? Perchè infine supporre che mentre la legge dichiara di voler reprimere i delitti, avesse poi voluto eliminar i mezzi a provarli?

Ciò che ripugna alla ragione ed al buon senso non può esser voluto dalla legge, e quella interpretazione che ci mena ad assurdi, a contraddizioni, a paradossi, non merita di essere accolta dalla saggezza del Magistrato Filosofo.

Che si ammetta l'eccezione proposta dall'infelice vedova D. Michelina Scarpetti; e fia assicurato il trionfo della buona fede e della morale, guida e scopo di ogni buona legge.

SULLA 2.^a QUISTIONE

§. 8. Fin quì si è dimostrato che al contraente, autore della simulazione nulla, e molto più al suo crede, non può negarsi il dritto d'impugnarla allorchè vinto dal pentimento o dal rimorso cerca di ritrarre il piè dall'orlo del precipizio, che presentavagli la consumazione della colpa; ma qual sarebbe il mezzo che la legge gli addita per restituirsi nel sentiero della verità, e per rendere omaggio alla buona fede?

La frode sempre ingegnosa nelle sue risorse, sempre munita di armi offensive e difensive per combattere, sempre provvista di mezzi per resistere, s'ingegna di dimostrare che ogni genere di pruova è interdetto a colui che impugna il proprio fatto, ed invocando la sanzione dell'art. 1259 con arditezza sfrontata sostiene che comunque nulla l'obbligazione fraudolenta, simulata, e fondata sopra causa falsa ed illecita,

non possa essere la frode combattuta, la causa illecita scoperta, la simulazione smascherata, non potendosi ammetter pruova contro ed oltre il contenuto di un atto autentico o di un atto privato non impugnato colla via del falso.

Poichè è questo l'ultimo baluardo cui l'attore ricorre per trar profitto delle sue macchinazioni, fia nostro dovere di analizzare quest'argomento colla filosofia legale per farne conoscere l'insussistenza.

§. 9. Ed in vero la legge distingue, come tutt' i dottori distinguono, la sostanza della obbligazione, da ciò che ne forma la pruova. L' obbligazione crea un dritto solamente quando vi concorre il consenso, la causa lecita, la capacità de' contraenti, la materia del contratto per renderla valida e legale; ma siccome una obbligazione valida può contenersi in un atto nullo, così un obbligazione nulla può contenersi in un atto valido (1). Or la legge, allorchè il contraen-

(1) Vedi la l. 17. *cod. de pactis*, 12, *cod. de probat.*

Bisogna ben guardarsi (dice Toullier *tum.* 6. n. 23) dal confondere il contratto o la convenzione coll' atto o scrittura destinata a servirgli di pruova, che i latini chiamavano *instrumentum*, perchè serve ad' istruire di ciò che si è fatto o convenuto.

L'atto e la convenzione o il contratto sono cose talmente distinte, che si può, senza censurar l'atto, impugnare la convenzione ch'esso contiene per via di nullità o di rescissione, per causa di dolo, violenza, o altri vizi intrinseci; perciocchè l'atto o la scrittura può esser valida, vera ed anche autentica, quantunque la convenzione o il contratto ch'esso rinchiede sia nullo o soggetto a rescissione.

Per esser valido ed autentico l'atto o la scrittura

te insorge ad impugnare l'esistenza del suo proprio fatto, vieta la pruova testimoniale per non scuotere la fede dovuta agli atti autentici o privati, ma nol vieta nè potrebbe vietarla allorchè s'impugna la validità dell'obbligazione contenuta nell'atto che la compruova, perchè allora le disposizioni degli articoli 1062 e 1087 sarebbero elusorie, non potendosi altrimenti che per mezzo di testimoni, argomenti, e congetture dimostrare il dolo, la frode, la simulazione, la causa falsa, la causa illecita.

Così se la signora Scarpetti vi dicesse » *io intendo attaccare la fede dovuta alla scrittura di vendita, e vi domando una pruova per dimostrare, che un ora prima, un ora dopo, o contemporaneamente si fece un altro contratto, voi dovrete rigettar le sue querele, perchè l'articolo 1259 ve ne fa un divieto; ma se ella invece con devote suppliche vi dice, mio marito scrisse una vendita non vera, ma simulata, una vendita cui diè vita una causa illecita, cioè il reo disegno di render vano il giudizio promosso a 21 febbrajo 1834 da D. Ferdinando Gabriele, che minacciavagli*

non ha bisogno che d'esser fornito delle formalità prescritte dalle leggi, ed alle quali esse hanno attribuito il carattere dell'autenticità. Per esser valido e legittimo, non deve mancare al contratto alcuna delle condizioni essenziali per la validità di una convenzione art. 1062. Il. cc. Viceversa, l'atto può esser nullo come autentico se siasi omessa qualche formalità richiesta per l'autenticità, abbenchè il contratto messo in iscritto nell'atto sia valido e legittimo. La validità della convenzione è indipendente dalla validità dell'atto, dalla sua autenticità, ed eziandio dalla sua esistenza.

una condanna di D. 16000, come se vi dicesse che il marito prestò il consenso per timore, per violenza, per errore, per dolo, potreste voi negarle la pruova senza rendervi ribelli alle disposizioni degli articoli 1062 a 1087 leggi civili? Nò, che per questo rifiuto il trionfo dell'immoralità, e della mala fede sarebbe assicurato per sempre, nè alcuno statuto è più assoluto e meno suscettibile di eccezione di quello consacrato a caratteri indelebili nell'articolo 1087 ll. cc. che è una delle basi fondamentali della teoria de' contratti, e che (come osserva Chardon tom. 2. pag. 84.) non è quivi collocata che nell'interesse de' contraenti, poichè riguardo a' terzi la loro sorte è definitivamente assicurata dagli articoli 1118 e 1120 ll. cc. (1).

Per tal motivo, scrivea D'Aguesseau, la frode è un delitto che per testimonii si pruova; la legge volendo reprimere i delitti, non può mettere nell'impossibilità di raggiungerne i fatti, eliminando i mezzi a provarli. Il colpevole cela il delitto, sarebbe spesso impossibile lo scoprirlo senza una pruova per testimoni. Vedi d'Aguesseau 39 plaidoyer riportato da Sirey tom. 2. part. 1.ª pag. 25 nell'arresto della causa Combry.

Per tal motivo Bigot-Preameneau nel luogo sopracitato ammette la pruova della simulazione negli atti di donazione fatti all'incapace per mez-

(1) Vedi Danty trattato della pruova testimoniale; Merlin alle voci, *pruova e donazioni in favor degli incapaci*; Pothier trattato delle obbligazioni parte 4. n. 758, 765, 776.

zo d' interposta persona, e per l' istesso motivo finalmente Merlin, nel ritrattare la sua opinione, trascrivendo il testo di Preameneau, conchiude » Che il divieto della pruova testimoniale san- » zionato dall' art. 1341 codice francese, 1295 » ll. cc., non è applicabile alla nullità delle ob- » bligazioni, i di cui caratteri sostanziali sono » definiti dagli art.¹ 1108 a 1131 codice fran- » cese, 1062 a 1086. ll. cc.

Toullier e Pothier negano, cgli è vero, per regola generale la pruova testimoniale all' istesse parti contraenti, ma Toullier, dopo aver distinto il dolo malo in quattro classi, insegna, *che la frode riferibile alla prima specie di dolo, può sempre provarsi per mezzo di testimoni.* Vedi Toullier tom. 9.

Pothier poi autorizza la pruova testimoniale nel caso in cui una parte sia stata nell' impossibilità di procurarsi una pruova per iscritto, e soggiunge. » L' impossibilità suddetta si veri- » fica quando una delle parti allegasse fatti di » violenza contro di lei esercitati per obbligarla » a sottoscrivere l' atto, fatti di dolo per cui le » sia stato carpito il consenso, e la sua firma. » La violenza, il dolo, l' errore, la falsa causa » invalidano il consenso, e certamente la pru- » va può farsi per testimoni: niuno commette » una violenza in iscritto; il dolo si manovra » occultamente; e la finzione si opera con in- » tendimento di nascondere la verità, non già » per farla con apposite scritture (1).

(1) Vedi Pothier trattato delle obbligazioni part. 4.
n. 758, 765 e 776, nonchè le decisioni della Corte di

Or se nella specie non s'impugna la fede dovuta agli atti autentici o privati, ma sibbene la sostanza dell' obbligazione di cui si provoca la nullità, come mai contenderne la pruova per testimoni, con documenti, e per congetture? Redigè indubitatamente il sig. Retacca un atto di vendita, ma al solo fine di far comparire esaurito il suo patrimonio agli occlù del sig. Gabriele, non mai per trasinettere il dominio ed il possesso de' fondi apparentemente venduti in favor del sig. Romazzo. Che se la provvidenza, la fatalità, il destino non fecero verificar la frode in danno di Gabriele, la giustizia del Magistrato permetterà che chi delle frodi ne fu il complice, potesse impunemente appropriarsi le spoglie del suo correo?

Io non oso temerlo dalla vostra giustizia, e dalla vostra religione, poichè voi avete il nobile incarico di garentire i contratti veri e legittimi, non quelli simulati al fine d'ingannare altrui; nè mai la legge può rendersi protettrice o ministra di simulazione, o di fraude.

§. 10. Questi principî che trovano il loro appoggio nella legge eterna della ragione e della morale, in quel senso interno del cuore che parla a tutti gli uomini l'istesso linguaggio, e che è la misura vivente della giustizia e dell'onestà, sono stati coronati dal suffragio uniforme di tutte le Corti oltramontane e patrie, che noi non tralasciam d'invocare in nostro soccorso.

Invero la Corte di Torino ammise la prova testimoniale sotto l' impero delle nuove leggi, abbenchè il dolo e la frode si dicessero concorsi non da parte del terzo, ma sibbene da parte di uno de' contraenti, ed essendosi interposto ricorso per violazion dell' art. 1295, la cassazione di Parigi disse non violato quell' articolo, e fatta giusta applicazione degli art. 1063, 1070, 1071 e 1307. ll. cc. Vedi Sirey nella causa Operti 20 febbrajo 1811. tom. 2. pag. 141.

Con altro arresto del 10 giugno 1816 nella causa Lebrocassee, la Corte di Cassazione annullò la decisione della Corte di appello di Bordeaux ritenendo, *che l' art. 1353 Codice Civile abbandonando alla saggezza ed alla prudenza del Magistrato le presunzioni allorchè l'atto per frode o dolo è attaccato, non potea la Corte di appello di Bordeaux fare ammeno di apprezzare e discutere i fatti su cui la simulazione fraudolente volea sostenersi concorsa.* Vedi Sirey tom. 16. pag. 447.

Infine senza omettere il tenor degli arresti della nostra Corte Suprema di Giustizia di Napoli dei 18 agosto 1821 e 26 febbrajo 1824, riportati nell' analisi della quistione precedente, ci sia lecito trascrivere l' espressione dell' arresto della Corte Suprema di Parigi dei 20 febbrajo 1811 riportato in Sirey vol. 2. part. 1.^a pag. 141. » Che se non si può ammettere (son parole dell' arresto) la prova testimoniale con- » tra ed oltre il convenuto di un atto, è certo » che gli atti possono essere annullati per causa di frode e di dolo; e questa frode e dolo » possono provarsi con presunzioni, ed a più » forte ragione con testimoni, potendosi stabilire

» con presunzioni , e con pruova vocale che la
 » convenzione sia stata sorpresa per frode o per
 » dolo. In tal caso la pruova avendo per og-
 » getto di mettere in chiaro dei fatti che par-
 » tecipano della natura dei delitti di cui non
 » era possibile procurarsi pruova scritta, non si
 » può sotto alcun pretesto escludere quella che
 » dalla deposizione de' testimoni risulta. La pruo-
 » va del dolo all' incontro non attacca la pruo-
 » va materiale dell' atto; anzi chi vuol per dolo
 » un'atto rescindere ne dà per vera l' esistenza,
 » e niente chiede nè contro nè oltre il contenu-
 » to del medesimo , ma intende solo fare uso
 » del beneficio di nullità o di rescissione , che
 » la legge per tale cagione accorda contro la va-
 » lidità, non contro l' esistenza dell' atto.

SULLA 3.^a QUISTIONE

§. 11. Dimostrato che l' erede del contraente può bene impugnare l' obbligazione nulla, e che non può mai negarsi la pruova tendente a scoprire la simulazione, la frode la causa falsa ed illecita , il delitto d' involamento , fia or pregio dell' opera analizzare se i fatti articolati siano o nò pertinenti a comprovare i delitti, e quasi delitti dedotti coll' eccezione della convenuta.

Tutt' i dottori, i forensi che illustrarono le nostre antiche patrie leggi, insegnano, che dovendo il Magistrato occuparsi della ricerca del vero per smascherare la simulazione e punire la frode, sia suo indispensabile dovere esaminare: 1. *Actum.* 2. *Inde tempus.* 3. *modum.* 4. *Personas.* 5. *Contrahentium intentionem.* 6. *Res circa quas actus gestus est.* 7. *Quid postea*

secutum sit, quae considerata in actus simulatione, et fraude detegenda. De Rosa consult. 48. Vedi ancora Fabro al cod. nel tit. *plus valere quod agitur*, Sorge tom. 3. pag. 153 a 155, Mascardo *de probat* conclus. 437, Mantica *de tacitis et ambiguis conventionibus* lib. 13. tit 37, Menochio *de presumption.* n.º 122.

Volete pervenire alla conoscenza di un fatto ignoto mediante il concorso di fatti noti, dice il giureconsulto Saturnino (1)? Giovatevi dei seguenti mezzi: 1. *Causa*, 2. *Loco*, 3. *Modo*, 4. *Tempore*, 5. *Qualitate*, 6. *Quantitate*, 7. *Eventu*, perchè vi si apriranno sette differenti vie atte a condurvi allo scovrimento del vero, che si nasconde sotto false e simulate apparenze.

Percorriamo con calma questi sette differenti sentieri; percorriamoli colla ragione per guida, e colla filosofia per compagna; percorriamoli con quella impassibilità che dee distinguere il Magistrato che giudica, con quella ingenuità che dev' essere propria dell' Avvocato che difende, e tutti ci condurranno al punto in cui la verità si manifesterà maestosa, sedente sul suo aureo trono, smascherata la simulazione, tremante la frode in atto di attender la pena dovuta a' suoi criminali artifizii, alle sue macchinazioni, ed alle sue trame.

(1) L. 16. ff. *de poenis*. Ivi il giureconsulto insegna che per scovrire la verità nei fatti, nei detti, negli scritti, nei consigli, *consideranda sunt septem modis, causa, persona, loco, tempore, qualitate, quantitate, et eventu.*

§. 12. Difatti avea il sig. Retacca motivo onde determinarsi a fingere l'apparente spoglio dell'intero suo patrimonio? Sicuramente, perchè D. Ferdinando Gabriele coll'atto del 22 febbrajo 1824 minacciavagli la perdita della sua fortuna non meno che del suo onore, chiamandolo autor doloso della nullità del testamento paterno, per cui chiesto avea i danni ed interessi.

§. 13. Ed in qual tempo s'immaginò la vendita? Ventuno giorni dopo la citazione intimatagli da Gabriele, e sei giorni prima di trattarsi la causa, che gli avea fatto perdere l'uso de' sensi, conscio di sua negligenza, e forse anche di sua malizia. La causa si vinse in prima istanza, ma ciò non ha tranquillizzato punto il sig. Retacca, perchè Gabriele minacciava tuttodi l'appello, ond'è che volendo Retacca colorire il possesso de' beni alienati rimasti sempre in suo potere, finse la scrittura di fitto (se pur sia vera, giacchè l'attore non l'ha mai esibita in giudizio) della quale per altro non si tenne alcun conto, perchè Retacca continuò a migliorare i fondi da padrone assoluto, facendovi ingenti spese, senza aver mai pagato alcun estaglio.

§. 14 In favor di chi si è simulato il contratto di vendita? In favor del nipote che avea prescelto a suo figlio, essendogli stata negata prole legittima dalla natura, in favor dell'amico, del confidente, dell'allievo col quale divideva e mensa, e tetto, e dal quale non dubitava di poter esser tradito, perchè da lui riceveva e sussistenza, ed istruzione.

§. 15. In qual luogo si è macchinato l'atto simulato? Tra le domestiche pareti, clandestinis, ac domesticis fraudibus facile quid vis

pro negotiis opportunitate configi potest: l. 27 cod. de donationibus.

§. 16. *Di quale atto si è fatto uso per assicurare la pruova del contratto di vendita dell'intero patrimonio del Retacca?* Di un contratto privato, quasi che Retacca Notaio mancasse di mezzi per ottenere da' suoi Colleghi membri della Camera, di cui erane il Presidente, la redazione di un atto pubblico, che servir potesse di eterno monumento della fatta contrattazione. Ed il sig. Romazzo che asseriva di aver sborsato l'ingente somma di ducati cinquemila in una sola contata, si sarebbe contentato di affidarne la pruova ad un fragil foglio privato non munito di autenticità?

§. 17. *Avea Notar Retacca bisogno di vendere per sino i domestici lari, per sino la casa che lui stesso si avea con tanta cura costruito, all' epoca del 15 Marzo 1834?*

Avea il sig. Romazzo mezzi di fare un acquisto vistoso dell'ingente prezzo di duc. cinquemila? Si è dimostrato per *tabulas*, che Retacca non avea alcun debito, che niuna condanna di magistrato civile, o commerciale erasi contro lui pronunziata, e che solamente pendeva indecisa l'azion di danni ed interessi promossali da D. Ferdinando Gabriele a causa della nullità del testamento paterno, di cui Retacca chiamavasi l'autore.

Si è dimostrato parimenti per *tabulas*, che Romazzo possedeva appena la rendita di D. 17, che da un anno circa erasi fatto Notaio nel miserabile villaggio di Lappano, che non conta oltre 300 anime, che due anni dopo tolse in moglie la figlia del sig. Pontieri, da cui furongli

promessi in dote duc. 1200, nè giammai si è messo in dubbio, che all'epoca del simulato contratto del 15 marzo 1835 egli convivesse col Retacca, dalla cui affettuosa generosità riceveva e sussistenza ed istruzione nella qualità di suo scritturale. E pure si ha il coraggio di sostenere, che vero fosse lo sborso di duc. cinquemila in una sola contata, mentecchè di tal somma non avrebbe potuto disporre il primo proprietario della provincia, specialmente trattandosi di un contratto non preparato tempo prima, ma fatto nel momento istesso della sua apparente perfezione.

§. 18. *Infine quid postea sequutum est?* Retacca continuò sempre ad amministrare, a percepir le rendite, ed a possedere pacificamente e pubblicamente i beni che si dicono alienati, ed avendo nel 1836 risoluto di vendere come vendè in effetti al sig. Orsomarsi, il fondo Molinello per atto pubblico, il sig. Romazzo, lungi dall' opporsi, sì rese anzi mediatore per la conclusione dell' atto di vendita.

Che se tutti questi argomenti non sono sufficienti per comprovare la simulazione, e la frode, quali altri mai potrà somministrare la ragione e la legge per punirla?

Svanito il prestigio dell' inammissibilità dell' azion di nullità per parte di colui che allega la causa falsa ed illecita.

Atterrati, annientiti, e distrutti gli argomenti prodotti per interdìr la pruova della simulazione e della causa illecita, ciò che renderebbe clausorie le disposizioni degli articoli 1062, 1085, 1086, 1087 e 1303 ll. cc. e tenderebbe a far rimanere impuniti i delitti:

Dimostrato che nella specie i fatti articolati son più che verosimili, più che pertinenti per dimostrare la simulazione di cui il sig. Romazzo vorrebbe giovare a dispetto della legge per frodare i dritti degli eredi del sig. Retacca, l'infelice vedova D. Michelina Scarpetti si augura che la giustizia della Gran Corte Civile voglia far dritto all'appello annullando la sentenza appellata, colla condanna alle spese.

QUISTIONE

UNA DECISIONE DELLA GRAN CORTE CRIMINALE IN CAMERA DI CONSIGLIO COLLA QUALE PRONUNZIANDOSI SU DI UNA QUERELA DI FALSO, A MAGGIORANZA DI VOTI SIASI DECISO DI CONSERVARE GLI ATTI IN ARCHIVIO, COSTITUISCE UN GIUDICATO NE' SENSI DELL'ART.° 1305 LEG. CIV. ? È QUAL' È L' INFLUENZA DI TAL DECISIONE NEL GIUDIZIO CIVILE ?

Queste quistioni si sono a noi offerte nella causa tra i signori Bonavita e Cerretti, contro Dabonelli, di cui eccone la specie.

Il sig. Bonavita falsificò alcuni boni colla supposta firma del sig. Dabonelli, che girò al sig. Cerretti. Convenuto il Dabonelli in giudizio da' giratari, intentò querela di falso incidente civile, e quindi adì la G. C. Criminale pel falso principale.

La G. C. Criminale dopo compilato il processo spedì mandato d' arresto contro Bonavita, ma in seguito con decisione de' 16 gennaio 1829 rinviò le parti al Tribunale Civile, per poi adirsi di nuovo la G. C. Criminale dopo espletato il giudizio civile.

Portatasi la causa innanzi al Tribunale con sentenza de' 20 gennaio 1830 si dichiarò di non esservi luogo a deliberare attesa la pendenza del giudizio di falso principale.

Tornate le parti innanzi la Gran Corte Criminale, questa con decisione de' 29 maggio 1833 sulla considerazione che gli elementi della falsità non erano sufficientemente stabiliti, a maggioranza di tre sopra due ordinò che gli atti fossero conservati in archivio.

Munitosi di tal decisione il sig. Bonavita riporta la causa al Tribunale Civile per decidersi in merito il giudizio civile perlocchè sorge il bisogno di risolvere le quistioni proposte.

SULLA 1.^a QUISTIONE

1. Il dritto romano le di cui massime dopo 18 secoli estendono ancora la loro autorità fino a noi nelle l. 12, 13 e 14 ff. *de exceptis rei judicatae* dopo di aver definito, che per cosa giudicata s'intende quella sentenza la quale non può più rivocarsi con qualunque rimedio ordinario e straordinario, insegna che l'autorità del giudicato non ha luogo, se non relativamente a ciò che ha formato l'oggetto della controversia proposta tra le medesime parti, e nella medesima qualità: *videndum* (sono le parole della legge) *an idem corpus sit, quantitas eadem, idem jus; et an eadem causa petendi, et eadem conditio personarum, quae nisi omnia concurrant alia res est.*

E Modestino nella l. 1. ff. *de re judicata* dice, *res judicata dicitur quae iudicis pronuntiatione, finem controversiarum facit, quod*

vel condemnatione, vel absoluteione contingit. Bisogna dunque che una sentenza per poter meritare il nome di giudicato fosse definitiva, ed irretrattabile, ed inoltre pronunziata da un giudice competente, *non supra, nec extra jurisdictionem suam, nec contra solitum judiciorum ordinem*, perchè oltre un tale triplice confine, il giudice, non è più giudice.

Queste stesse massime sono state consacrate dalle nuove leggi, e da' comentatori del nuovo dritto. Infatti Merlin alla voce *Chose jugè*, dice » che non vi ha giudicato, se la sentenza non sia irretrattabile con qualunque rimedio, sia ordinario, sia straordinario » e lo stesso insegna Pigeau proc. civ. part. 2. lib. 2. cap. 1. Il Cav. Nicolini poi nella esposizione delle leggi di procedura nel §. 955: in termini precisi si esprime così: » nelle cose penali non si dice mai cosa » giudicata, la decisione, la cui formola è divenuta ormai comune » si passino gli atti in archivio, purchè non vi accoppi la dichiarazione dell'inesistenza del reato; ed egli cita un arresto della nostra Corte Suprema, col quale interpretandoci una simile decisione, la Corte Suprema si esprime così » Considerando ch' essa è una » deliberazione di provvedimento interno in difetto di prova a progredire nel giudizio, e che » nulla stabilisce sulla sorte dell'imputato, tal » che questi puol essere sempre menato al giudizio, ove si acquistano novelle prove, e non » si trovi prescritta l'azione.

Or dopo l'esposizione di questi principî se la decisione della G. C. Criminale de' 29 maggio 1833 non costituisce un giudicato, come mai possonsi ritener per veri i boni in contesa, e

quindi condannarsi Dabonelli alla valuta de' boni medesimi una coi danni, spese, ed interessi? Esaminerà la saggezza del Tribunale il valore di sì impertinente dimanda, di cui il convenuto Dabonelli se ne augura il rigetto:

SULLA 2.^a QUISTIONE

1. Le leggi romane stabiliscono il principio sacro, che un imputato giudicato, condannato, o assoluto in via criminale con una sentenza che abbia ottenuta la forza di cosa giudicata non possa essere più sottoposto ad inquisizione per lo stesso fatto, ma che il giudicato non poteva opporsi alla parte offesa che reclama i danni, ed interessi in via civile.

In iisdem criminibus, quibusquis liberatus est non debet Praeses pati eundem accusari son parole della l. 7. ff. *de offic. proc.* e nella l. 9. ff. *de accusat.*: si consacra, *qui de crimine publico in accusationem deductus est ab alio super eodem crimine deferri non potest.* Il rispetto che si deve all' autorità della cosa giudicata in materia penale, per quella fiducia che ispirar deggiono gli oracoli della giustizia, onde non far risentire una scossa al sentimento della pubblica sicurezza, non può estendersi tant' oltre da impedire l' esperimento dell' azion civile alla parte offesa non ostante l' assoluzione (dicevano li giureconsulti romani) perchè l' oggetto dell' azione pubblica non è lo stesso che l' azion privata, ed il dritto di accusare che presso i romani era accordato a chiunque del popolo che fosse stato il primo a comparire, non lo rendeva mandatario della parte

privata, per cui mancando quell' identità di parte nell' azione pubblica, e civile, mancava uno de' requisiti essenziali per potersi dar luogo all' eccezione della cosa giudicata. Vedi la l. 17. ff. *de is qui accusare non possunt*. Vedi Fach. *contraversiarum juris* pag. 138.

2. Comunque questi principî fossero stati contrastati nell' antica giurisprudenza come rileviamo dal trattato del Giureconsulto Paolo *de concurrentibus actionibus liber singularis*, dall' Ermogeniano sulla l. 32. ff. *de obligat: et actionibus*, da Giacomo Gotofredo nel comentario al tit. *vetitum civiliter agere et criminaliter posse*, pur tuttavolta nel foro si è sempre sostenuto da' più classici dottori, che anche dopo un giudicato di assoluzione in via penale non fosse interdetto alla parte offesa l' esperimento dell' azione civile, com' è da vedersi in Anton Tesauro decis. 18, Claro lib. 5. quest. 54, Manscardo *de probat: Facilineo contrav: juris* lib. 9. pag. 1138.

3. L' istessa quistione sul concorso delle due azioni civili e penali è stata riprodotta tra' moderni, e tutti uniformemente convengono, che una decisione emessa in via penale, quando non sia irretrattabile, e non dichiararsi la inesistenza del reato non possa mai far stato nel giudizio civile.

In fatti Toullier tom. 8. n. 31 si esprime così » le prove acquistate in un processo criminale non possono far fede in un giudizio civile, e viceversa, poichè ammettendosi la contraria teoria ne seguirebbe, che l' autorità della cosa giudicata potesse aver luogo anche in ciò che non ha formato oggetto del giudicato istesso, ed allorchè la cosa domandata sia diversa, e tra parti diverse.

Passa in seguito il dotto scrittore ad analizzare gli art. 389 e 390 del cod. pen. francese, gli art. 331 e 345 del codice d'istruzione sulle formole, che i magistrati penali debbono adottare nel pronunziare la dichiarazione di colpeabilità, o non colpeabilità dell' imputato, ed in questo disame riflette che altro è che l' imputato non possa essere condannato ad una pena afflittiva, altro è che debba essere tenuto ad un' azion civile che costituisce un' interesse tutto privato. Sulla quistione di sapere se vi è reato la società è attrice, spetta ad essa di provare, e se non prova, l' accusato dev' essere assoluto. Sulla quistione se una somma di un biglietto, per esempio, è dovuta a Tizio, Tizio è attore, bisogna ch' egli provi la verità del biglietto altrimenti i rei convenuti debbono essere assoluti; così la sola cosa che non si può rimettere in quistione, è di conoscere se relativamente alla vendetta pubblica la falsità nel biglietto è costante, o no.

Conchiudere da ciò che sotto il rapporto dell' interesse pecuniario il biglietto dev' essere riputato vero, sarebbe lo stesso che rovesciare tutte le idee ricevute, far valere contro di un particolare l' eccezione di cosa giudicata contro la società, *res inter alios acta, inter alios judicata, aliis nocere non potest*. In una parola giudicare che non è costante che il biglietto è falso, non è giudicare che il biglietto non sia falso, nè anche sia vero; e giudicare soltanto che la prova della falsità non è acquistata, è semplicemente dichiarare un fatto negativo, e non istabilire un fatto positivo.

Lo stesso Toullier riporta un' altra specie nella causa tra Regnier, e Michol, in cui tratta-

vasi d' una falsità in scrittura privata , di cui Regnier, ed i suoi accusati erano stati dichiarati non colpevoli dalla Corte di Assise. Riprodotta la causa nell' interesse privato delle parti per fini civili Maurre Avvocato generale presso la Corte Suprema sostenne , che la decisione del Giurì legasse assolutamente i Giudici civili, cui era vietato di esaminare la veracità della carta, poichè il ministero pubblico è il mandatario della società, il mandatario di tutti. Tutt' i cittadini sono accusatori nella sua persona , e quindi ciocchè è giudicato contraddittoriamente con lui , ha la forza di cosa giudicata contro tutti, e contro ciascuno cittadino. Ma Toullier con quella penetrazione che lo distingue osserva » che ciò » è vero riguardo all' azion criminale, nella quale il ministero pubblico esercita i dritti di tutt' i cittadini relativamente alla vendetta pubblica, quindi i giudizi criminali hanno contro di tutti l' autorità della cosa giudicata, e nessuno può intentare azione criminale dell' istesso fatto contro dell' imputato, dichiarato non colpevole, o assoluto; questo è il fondamento della regola *non bis in idem* sì giusta, e sì ragionata » ma applicare questi principj all' azione civile , questa è una vera eresia in giurisprudenza. L' azione per applicazione delle pene appartiene solo ai funzionari a' quali è stata dalla legge affidata. L' azione per la riparazione del danno cagionato da un misfatto può essere esercitata da tutti coloro che hanno sofferto danno: art. 1. cod. d' istruz. criminale ; così il ministero pubblico non può mai dare » conclusioni » sull' azione civile. »

Dietro di tutto ciò l' illustre scrittore con-

chiude » Crediam dunque dover stabilire in principio che la dichiarazione data dal Giurì, che il fatto non è costante, e che l' accusato non è colpevole, e l' assoluzione dell' accusato che n'è la conseguenza non debban affatto influire su' giudizi dell' azion civile, e non possono acquistare in favore dell' accusato l' autorità della cosa giudicata. » Relativamente a quest' ultima azione, perchè dalla dichiarazione negativa che il dritto non è costante, o che il prevenuto non è colpevole non si può concludere altro, che non si sono trovate prove sufficienti sia dell' esistenza del delitto, sia della colpevolezza dell' accusato, ed in sostegno della sua opinione invoca altro arresto della Cassazione di Parigi del 5 novembre 1818 nella causa tra Rossen e Rollan, ove si consacra la seguente considerazione. » Attesochè la dichiarazione del Giurì proferita in conformità della formola degli articoli 337 a 345 del codice d' istruzione criminale francese corrispondente all' art. 274 a 277 delle nostre leggi di procedura penale, esclude il misfatto dell' accusa, essa non decide necessariamente in favore dell' accusato i fatti, o le circostanze che possono soggettarlo a riparazioni civili, che anzi in occasione dell' azione per riparazione civile il Tribunale Civile può esaminare questi fatti, e queste circostanze, trovarsi un quasi delitto, e fissare i danni che ne han potuto risultare in pregiudizio dell' azione civile. »

4. Nè contraria opinione professa il sig. Delvincourt il quale nel tom. X. pag. 128 a 129, si esprime così » Noi non conosciamo altra eccezione rapporto alla identità della qualità delle parti che quella delle quistioni suddette

» pregiudiziali: ma il profondo Merlin ne pro-
 » pone un'altra relativamente ai giudizi crimi-
 » nali che condannano o assolvono un accusato,
 » proponendo come regola di dritto la proposi-
 » zione che il *criminale l'importa sul civile*;
 » in modo che il giudicato reso sull'azione pub-
 » blica produca un'applicazione necessaria e for-
 » zata sull'azione civile, nei casi in cui vi sia
 » concessione tra il fatto sul quale ha stabilita
 » l'azione pubblica, e quello su cui dee pro-
 » nunciare l'azione civile: in modo che la ve-
 » rità o la falsità dell'uno importi la verità o
 » la falsità dell'altro. Noi pensiamo che anche
 » in questi casi il giudicato reso sull'azione pub-
 » blica non può produrre l'eccezione della cosa
 » giudicata nè pro nè contra l'azione civile.

5. Il giureconsulto Sirey professa gli stessi prin-
 cipi. Egli nel suo codice annotato sull'art. 1301
 cod. francese 1351. leggi civili n.º 1.º e 2.º rap-
 porta le seguenti massime delle Corti Sovrane:
 1.ª Una decisione criminale la quale dichiara di
 non costare, che tale firma sia falsa non obbli-
 ga ad un Tribunale Civile, a riputare che la
 stessa firma sia vera senza veruna verificazione
 Gader C. Terrai 21. Messidoro anno 9. C. C.
 Rigetto, Lerna e Marnas §. 1. l. 463. D. 1.
 l. 370. l. 1. 26. 2. Dacchè una Corte Crimi-
 nale ha giudicato che la firma apposta in piedi
 di una scrittura non era falsa, non siegue che
 un Tribunale Civile debba tenerla per vera(1).
 3. Nel n.º 21 poi delle note sullo stesso ar-

(1) Caperan 12 aprile 1812, Tolosa sez. 16. 2. 14.

titolo propone le seguenti quistioni, che ci piace trascrivere unitamente alla soluzione che ne dà lo stesso autore.

Quando in una causa di falso relativa al titolo di un credito, l'accusato è stato dichiarato non colpevole vi ha cosa giudicata non solamente sulla colpeabilità della persona, ma ancora sulla realtà, o falsità del titolo? Il debitore che è stato succumbente nell'azion criminale di falso può nel civile negare la scrittura, ed obbligare l'attore a farne fare la verificaione? Può in tal caso riprodurre l'eccezione di falso, se non contro la persona, almeno contro il titolo (1)?

A risolvere tali quistioni è necessario esaminare se il Giudice Criminale nel proclamare la non colpeabilità dell'imputato, riconosca la sincerità del titolo arguito di falso di una maniera perentoria, o pur no.

Nel primo caso l'attore in falso principale sarebbe inammissibile a sostenere ulteriormente in un giudizio di falso incidente civile, la falsità del detto titolo; nel secondo caso, come si è detto nella massima riportata nel n.º 1.º dell'art. che si annota, può benissimo ordinarsene la verificaione senza che il Giudice civile sia obbligato a riputarlo vero.

6. Questi principî sono stati professati da Dalloz tom. 3. pag. 211, da Carrè sul commento all'art. 214 alla procedura francese, da Merlin nelle sue quistioni di dritto alla voce *Chose jugè*, dal Consigliere Agresti nel tom. 2. pag. 426,

(1) Grenier C. Michel 19 marzo 1817. C. C. Rìggetto. Parigi (Sez. 17. l. 169.)

dagli autori del comentario tom. 4. pag. 520, e finalmente dal Cav. Niccolini §. 997, 1016 e 1017. Fia utile trascrivere l'espressioni di Niccolini che sono le seguenti » Se il Giudice penale togliesse di mezzo l'imputazione criminale, ma non il fatto produttivo del danno, » come per esempio giudicar si potrebbe nella » causa d'incendio, di devastazione, di usurpazione costa del fatto, costa dell'autore del fatto, ma costa pure che non vi è stato dolo del » reo punibile dalla giustizia criminale, allora chi » vieta al danneggiato di agire con l'azione *ex delicto* per l'indennizzamento del danno? » Ciochè è ragione, o titolo di causa in un giudizio » diventa causa prossima, e fondamento principale » dell'azione in un'altra. Un titolo attaccato di » falso forma il subietto principale, ed il fondo del » giudizio penale ove la causa prossima della domanda è la falsità del titolo: per l'opposto nel » giudizio civile è semplicemente ragione, o titolo » di causa: *Eodem*.

» Lo stesso autore nel §. 1016 dice, un titolo autentico fa fede fino all'iscrizione in falso. » Ma il giudizio criminale di falso è personale. » Non basta dunque che il reo sia dichiarato non » colpevole: conviene che la carta sia dichiarata » non falsa.

» Nel che grande è il vantaggio nella forma della nostra decisione sulle brevi dichiarazioni del Giurì. Il ragionamento che precede » alle nostre dichiarazioni di reità, esclude ogni » dubbio, se l'assoluzione nasca dalla verità, o » dalla non provata falsità della carta, o dalle circostanze del reo. Dichiarata la carta non falsa, » il giudicato fa stato nel giudizio civile contro

» chi volesse più dir falso il titolo contro l'assoluto. Diciamo la carta non falsa, perchè avendo il titolo autentico la presunzione della verità basta nel giudizio penale ch' essa sia dichiarato non falso. »

» E più appresso nel §. 1017 dice, ma se il reo è assoluto, perchè non vi è pruova della falsità, o perchè egli non è convinto d'essere autore, il giudicato penale non adempie al voto della legge, che non presume vera la carta, quando non è falsa, ma da chi la produce il dovere di provarla tuttavia vera nella civile. »

Or se l'autorità della legge, il consenso unanime de' dottori dell'antico e del nuovo dritto, la voce uniforme e costante della giurisprudenza ne qualificano per giudicato una decisione di conservazione di atti in archivio, nè li danno alcuna forza per far stato nel giudizio civile, come mai potrebbe la decisione del 29 maggio 1833. opporsi al sig. Dabonelli per obbligarlo al pagamento de' boni assolutamente falsi? Valuterà la saggezza del Tribunale l'ingiustizia della domanda degli attori, e la ragionevolezza dell'eccezione del convenuto, con assolverlo dalla domanda avanzata, colla condanna alle spese.

QUISTIONE

TRA DUE COMPRATORI DE' QUALI IL PRIMO HA ACQUISTATO CON UNA SCRITTURA PRIVATA SENZA DATA CERTA, ED IL SECONDO CON TITOLO AUTENTICO, CHI DE' DUE DEV' ESSERE PREFERITO ALL' ALTRO ?

E QUAL' È IL SEGNO CARATTERISTICO PER DISTINGUERE I TERZI DAGLI AVENTI CAUSA ?

Questa quistione si rende interessante sol perchè col passaggio di una locomachia forense si vogliono stravolgere i principî fondamentali del diritto, ma un semplice ragionamento basterà a distruggere tutt' i prestigi di cui può lusingarci una dialettica che non ha la ragione per compagna, e la legge per guida.

Ed in vero si è detto che il compratore come avente causa dal venditore non può giovarsi del beneficio dell' articolo 1282 per impugnar la data degli atti privati che si attribuiscono al venditore pria degli atti di vendita.

Si è preteso di sostenere che il beneficio dell' articolo 1282 concesso ai soli terzi non potesse invocarsi dal compratore che è un avente causa dal venditore.

Si è infine preteso di stabilire con un paralogismo, che fa onta alla ragione, che un secondo compratore dello stesso venditore, od un di costui conduttore munito di una scrittura antedatata con epoca anteriore alla vendita, dovesse essere dal primo compratore rispettato quando anche il suo titolo privato segnasse una data di registro posteriore alla vendita istessa.

L' autorità di un celebre Scrittore (del sig.

Toullier tom. VIII. n. 245 e seguenti) che ha sostenuto questo paradosso gli ha conciliato un prestigio funesto alla giustizia , e ne ha imposto a coloro che non sono usi all' analisi legale ; ma se in materia di giustizia ogni transazione coll' errore, ogni riguardo , ogni ambiguità deve essere bandita, noi ci lusinghiamo di combattere francamente questi paradossi senza farci imporre nè dalla opinione del sig. Toullier, nè dal merito impareggiabile del suo nome.

Ed in vero, dice Toullier, che il compratore con atto di data certa non può opporre il suo titolo al secondo compratore con atto antedatato anteriormente alla vendita, art. 1282, perchè i compratori non sono terze persone relativamente al venditore che ha sottoscritti i due atti di vendita, ma sono suoi aventi-causa, per cui bisogna applicare loro l' art. 1276 col quale si prescrive che la scrittura privata riconosciuta, o legalmente considerata come riconosciuta, ha l' istessa fede dell' atto autentico tra quei che l' han sottoscritta, e quelli che han causa da essi. Questo paralogismo prova quanto la possanza di una immaginazione viva possa talora sopra di un saggio che ordinariamente ragiona colla maggiore possibile aggiustatezza ; prova che *quandoque bonus dormitat Omerus* ; prova che gli errori degli uomini celebri son sempre contagiosi perchè esercitano necessariamente una influenza sulla opinione dell' universale; ma tutto ciò non farà mai che l' argomento di Toullier sia solido e legale per quanto è incantevole ed ingegnoso.

In fatti non vi ha dubbio che il compratore è un avente causa dal venditore , e che la scrittura firmata da costui dopo il riconoscimen-

to volontario, o legale ha l' istessa fede del titolo autentico, ma conviene distinguere gli atti del venditore anteriore alla vendita, e quelli che sono posteriori, poichè se per i primi il compratore è un avente causa dal venditore ed è tenuto a rispettarlo, per i secondi è un terzo che può non riconoscerli, ed attaccarli, e che anzi dal perchè ha avuto causa dal venditore ha maggior diritto di opporsi agli attentati che questi commetter volesse sulla proprietà trasmessagli. L' uno e l' altro compratore sono aventi causa per rapporto allo stesso venditore, ma non sotto il rapporto di un medesimo titolo. Trattandosi di conoscere quale di questi titoli debbe essere preferito l' un compratore è terzo in rapporto all' altro, ed è perciò che rendesi loro applicabile la disposizione dell' articolo 1282. nel doversi determinare la preferenza dovuta ai diversi titoli che ciascun di essi produce per garantire rispettivamente i diritti acquistati, giacchè il punto della trasmissione del dominio chiude i diritti, e le obbligazioni degli aventi-causa, e dopo il passaggio della proprietà siccome il venditore ha cessato di essere più causa, ed il compratore di averla, così l' uno compratore rispetto all' altro non è che un terzo comunque entrambi avessero causa dalla persona di un autore comune.

Questi principî sono stati riconosciuti da Grenier trattato delle ipoteche tom. 3. n. 354., da Spinael note critiche a Toullier tom. VIII. n. 245, e 246, da Merlin nelle sue quistioni di diritto alla voce Tiers §. 2., da Ricard, Duranton, e da quanti altri Giureconsulti, e Dottori commentarono dopo Toullier le nuove leggi.

Nè si tratta di negare che la scrittura privata riconosciuta ha la stessa fede dell'atto autentico giusta l'articolo 1276, ma si tratta solamente di vedere quale delle due vendite deve essere riputata anteriore, quistione che non può altrimenti risolversi che coll'articolo 1282 sanzionato nel fine di assicurare la certezza della proprietà alla di cui tutela la legge insorge col suo salutare impero. Se per poco regger potesse il paralogismo messo in campo dal Signor Toulhier, niuna vendita basterebbe a trasferire diritti incommutabili e sicuri all'acquirente, niuna proprietà sarebbe mai al coverto delle frodi che un venditore potrebbe fare impunemente per ritrarre profitto da un fondo che più non gli appartiene; e ciò che ripugna alla ragione, ciò che la morale altamente riprova, ciò che tenderebbe a sovvertire la fermezza delle contrattazioni sociali non può essere sicuramente voluto dalle leggi. Ecco perchè anche prima dello stabilimento del registro l'atto autentico era sempre preferito alla scrittura privata non sollemnizzata, come ci assicura Paolo De Castro, Neguzanzio, e Mornac sulla legge 4. ff. *de pignoribus, et hypot*; ed ecco perchè l'Oratore del governo nell'espore al Tribunato i motivi che han determinata la sanzione dell'articolo 1282 ha detto, che senza di questo principio i contratti si annullerebbero a talento della cupidigia e della frode, e sarebbe cosa impossibile di dare una fermezza alle proprietà.

Ma oltre a ciò il compratore è un avente-causa dal venditore in quanto che ripete da lui la ragione de' suoi diritti; ma se il venditore colla vendita si è spogliato di ogni diritto sulla co-

sa venduta, che più non gli appartiene, ei non potrebbe esser più causa di una nuova trasmissione di proprietà in favore di un secondo compratore, il quale perciò non può dirsi mai suo avente-causa. Quindi l'uno de' due che contendono la proprietà, il godimento, o l'esercizio di un diritto qualunque sul fondo venduto è sempre terzo rispetto all'altro che ha causa dal venditore che gli ha legalmente trasmessa la proprietà del fondo, e per conoscere chi tra questi due merita di essere garentito nell'esercizio de' diritti trasmessigli, la legge ha sanzionata la disposizione dell'art. 1282 per offrire un asilo alla buona fede contro le insidie della frode, e della cupidigia di un venditore immorale.

Questo è lo spirito dell'art. 1282, il quale facendo distinzione tra la fede che fa l'atto privato, e la esecuzione di cui l'atto è capace, è sufficiente a distruggere tutti i paralogismi del sig. Toullier.

In fatti Joubert esposizione de' motivi n. 60 dice » Altro è la pruova che fa l'atto pri-
» vato del titolo della obbligazione, per la ve-
» rità, e per la somma della medesima; ed al-
» tra cosa è la esecuzione di cui l'atto è capa-
» ce. Sotto il primo rapporto non vi è diffe-
» renza tra gli atti privati, e gli atti autentici,
» ma sotto il rapporto della esecuzione, il Le-
» gislatore trovavasi a due scogli che ha cerca-
» to di evitare. Dichiarare per principio (con-
» tinua Joubert) che gli atti con scrittura pri-
» vata non hanno data contro i terzi, non è for-
» se compromettere in alcuni casi gl'interessi
» degli uomini di buona fede i quali non han-
» no esatto un atto pubblico, o perchè non vi

» hanno pensato , o perchè non hanno voluto
 » soffrirne le spese ? Intanto questo ultimo in-
 » conveniente è minore di quello che risultereb-
 » be dal sistema contrario.

» Il timore degli eccessi ne' quali l'intere-
 » resse personale porta alcuni uomini ha dovuto
 » determinare il Legislatore.

» Del resto i contraenti ne saranno avvi-
 » sati; dipende da loro il prendere le precau-
 » zioni.

» Con una grande saviezza dunque il pro-
 » getto ha richiamato in uso questa antica re-
 » gola, che gli atti con scrittura privata non
 » hanno per se stessi data contro i terzi.

Ecco come lo spirito della legge mirabil-
 mente si concilia colla sua letterale disposizione
 per allontanare i paralogismi del sig. Toullier !
 Ecco come l'analisi fatta dal sig. Joubert non
 ci lascia più alcun dubbio, che nel contrasto tra
 due pretesi aventi-causa da un istesso venditore
 l'uno di essi essendo assolutamente terzo per rap-
 porto all'altro, la quistione non può altrimenti
 risolversi che coll'applicazione dell'articolo 1282
 LL. CC.

QUISTIONE

IL CREDITORE IN DI CUI PREGIUDIZIO IL DEBITO-
 RE HA DISTRATTO L'INTERO SUO PATRIMONIO
 SIA DONANDOLO A' FIGLI , SIA COSTITUENDOLO
 IN DOTE ALLE SUE FIGLIE , ED ALLE SUE NE-
 POTI , SIA VENDENDOLO A' SUOI GERMANI , HA
 EGLI DITTO DI FARE RIVOCARE GLI ATTI DI
 ALIENAZIONE A TITOLO ONEROSO E GRATUITO
 SINO LA CONCORRENTE QUANTITA' DEL SUO CRE-
 DITO ?

Su questa quistione offertaci nel 1839, nel Tribunal Civile di Calabria Citra abbiám concluso ne' seguenti termini.

§. 1. Le leggi di tutt' i popoli e di tutt' i tempi han sempre garentita la santità delle obbligazioni, l' adempimento degli impegni contratti, ma allorchè il dolo, la frode, l' inganno, l' arte funesta di simulare cospirano insieme per tendere insidie alla buona fede, non è troppo agevole lo scoprire i vizi che affettano gli atti di cui l' astuzia si è premunita, l' anima retta di un legislatore non potendo giammai prevedere tutto ciò che l' immaginazione perversa di un uomo disleale avrà potuto suggerirgli.

In questo stato di perplessità e d' incertezza la legge ha dovuto necessariamente abbandonarsi all' occhio vigile del Magistrato, che guidato dalla voce della sua coscienza ha l' onorevole, ma difficile incarico di procurare il mantenimento de' contratti e la salvaguardia delle proprietà.

Roma nata per la grandezza e destinata ad essere la Città eterna ne' primi tempi del suo teocratico governo ci fa mancar di leggi che proteggessero dalle insidie della frode la buona fede garentita abbastanza dalla pubblica morale, poichè la buona fede era un nume tutelare che reggeva con possente impero le contrattazioni sociali senza bisogno di leggi dirette a procurare l' osservanza de' patti (1).

(1) Oghun sa che Teocratico fu il primo governo di Roma, come ci assicura il Vico scienza nuova. Numa Pompilio avea consacrato alla fedeltà un tempio al Cam-

Cresciuti in seguito i suoi bisogni, moltiplicati i suoi rapporti, cangiati i suoi costumi, le leggi delle dodeci tavole che comprendevano la legislazione universale di quel popolo si contentarono di proscriber la frode con quelle espressioni, *ut inter bonos bene agier oportet et si ne fraudatione*, ma niuna norma fu prescritta per smascherarla, niun magistrato fu creato per punirla.

Allorchè nel progresso del tempo un lusso stolto campeggiava insultante la povertà; allorchè l'avidità divenne il primo sentimento de' cittadini corrotti, e la frode sorgeva spesso orgogliosa per insidiare gli altrui dritti, creata la Pretura verso la fine del quarto secolo, cioè nell'anno 387, dietro le rimostranze di Lucio Sestio, i Pretori pubblicarono: 1. un editto in forza del quale ai creditori posti in possesso dei beni del debitore colle formalità prescritte nel tit. 7. lib. 42 del Digesto si accordava dentro l'anno l'azione utile onde rivocare ciò che il debitore avesse fatto in dilorò frode (1), e quest'azione fu detta Pauliana dal pretore Paolo che fu l'autore dell'editto: L'interdetto pretorio in forza del quale si concesse l'azione *in factum* contra i terzi che avessero acquistato o con-

pidoglio presso quello di Giove ad oggetto di soggiogar la mala fede con questo culto religioso, o la santità delle contrattazioni sociali venne con tale mezzo per lunga pezza assicurata. Vedi Delfico della Giurisprudenza Romana, e de' suoi cultori.

(1) Vedi l'intero titolo del digesto *quae in fraud. credit.* e la l. unic. cod. de revocand. *hiis quae in fraud. credit.*

trattato col debitore in frode de' creditori (1):
 3. In fine l'altro editto in forza del quale si
 stabilì *quod postea contractum erit quam is,*
cujus bona voenierint, consilium receperit frau-
dare, sciente eo qui contraxerit ne actio eo
nomine detur; leg. 25 §. de reb. aut. judic.
possid. Ulp. lib. 64. ad Ed.

Le azioni però nascenti da questi tre edit-
 ti non erano che personali, come tutte le azio-
 ni *in factum*, e quelle che nascevano dagli in-
 terdetti, nè duravano al di là di un anno per
 quanto durava l'esercizio della giurisdizione pre-
 toria. Esse aveano per iscopo d'impedire che il
 debitore potesse distruggere il suo patrimonio che
 formava la garentia de' dritti del suo creditore,
 ma non gli interdicevano il dritto di rinunziare
 ai mezzi che avrebbero potuto accrescerlo per la
 massima che: *nemo potest cogi invitus agere*
leg. 6. §. quae in fraud. credit. lib. 34. ff.
de regul. juris. (2). Desse prestavano quindi
 un soccorso ma troppo debole alla buona fede,
 un presidio spesso inefficace per garentire i cre-
 ditori contra le astuzie e l'inganno de' loro de-
 bitori e l'avidità de' terzi.

Conosciuto il bisogno di mezzi più vigoro-
 si a proteggere l'innocenza contro la frode, e
 la buona fede contro l'astuzia l'Imperatore An-
 tonino colla legge 1. *cod. de revocandis hiis*

(1) *Interdum caussa cognita, et si scientia non sit (in*
ea qui a debitore comparavit) in factum actionem per-
mittam. L. 10. ff. quae in fraud. credit., ed Ulpiano
lib. 75 ad aedictum.

(2) Vedi Voet in ff. lib. 8. n. 12., e l. 9 ff. *quae*
in fraud. credit.

que in fraud. creditor. alienata sunt, accordò l'azione reale ai creditori del defunto per le alienazioni fatte in lor pregiudizio dagli eredi dopo accettata l'eredità (1); l'Imperatore Giustiniano nelle sue istituzioni §. 6. *de actionib.*, accordò l'azion rescissoria per quelle alienazioni che eran consumate colla tradizione, *ut rescissa traditione possint dicere, rem traditam non fuisse, et in bonis debitoris mansisse*; ed in fine lo stesso Giustiniano nel §. 3. delle istituzioni tit. 6. *quibus ex causis manumittere non licet*, dichiarò che colui contro del quale si fosse intentata l'azione revocatoria potesse dimandar l'escussione de' beni rimasti in potere del debitore, applicando indistintamente il beneficio dell'escussione tanto all'azione Pauliana che all'interdetto pretorio.

Ecco la genesi, il progresso, la perfezione delle leggi protettrici della buona fede e garante de' dritti sacri de' creditori!

Ridotta a tal punto la legislazione positiva dietro la compilazione Giustiniana, dalle sentenze di Ulpiano, Paolo, Cajo, Celso, Vellejo, e Giuliano i cui responsi compongono le venticinque leggi del titolo 8. lib. 42 del digesto, non meno che dalle costituzioni imperiali si son desunti i seguenti canoni di giurisprudenza, cioè che ogni contratto, ogni atto fatto in frode de' creditori, benchè vero reale ed effettivo, potesse ri-

(1) Haeres qui post aditam hereditatem ad eum, cui res cessit corpora haereditaria transtulit: creditoribus permansit obligatus. Si igitur in fraudem tuam id fuerit; bonis ejus excussis usitatis ea quae in fraudem alienata probabuntur, revocabis.

vocarsi se fosse a titolo gratuito, purchè concorressero i seguenti estremi: 1. *Ut illud fit quod patrimonium suum debitor diminuerit*; 2. *Ut consilium fraudis adfuerit*; 3. *Ut fraus eventum habuerit*.

Negli atti di alienazione poi a titolo oneroso era inoltre necessario: 4. *Ut is qui ab eo debitore accepit, non suum receperit*; 5. *Ut is qui coepit fraudis sit particeps*, essendosi dalla sapienza dei Romani legislatori riflettuto che il donatario il quale *tractat de lucro capiendo* non debbe esser preferito al creditore *qui certat de damno vitando*, mentrechè l'acquirente che acquista a titolo oneroso essendo in pari causa del creditore non può perdere il suo acquisto se non quando fosse partecipe della frode.

§. 2. Tale era lo stato della giurisprudenza Romana allorchè la rivoluzione Francese dopo aver disorganizzate tutte le istituzioni fin allora conosciute, dopo aver distrutti i fondamenti dell'edificio sociale pose opera alla novella legislazione per sostituirla all'antica fatta nell'intervallo di 22 secoli, emanata da legislatori diversi, in diversi governi, a nazioni diverse, e che partecipava di tutta la grandezza de' Romani e di tutta la barbarie dei Longobardi.

Nuovi bisogni, nuove idee, diverse le relazioni commerciali, diverso lo stato di civilizzazione dei popoli bisognò ricorrere a nuovi principii. Si riflettè che il cittadino che fa credito nol fa che in vista della sicurezza che gli ispira la fortuna del debitore; che il debitore che diminuisce in qualunque modo il suo patrimonio sapendo di aver contratto debiti, o che non cura di accrescerlo sapendo di non poterne pro-

fittare, commette sempre un'azione contraria a quei principii di morale che sono lo scopo di ogni buona legge; che in fine la frode, l'inganno, il delitto non debbono esser mai appatrinati da un codice che si è giustamente proclamato come il restauratore della morale pubblica e privata (1).

Ecco perchè niuna distinzione si è più ammessa tra la Pauliana, l'interdetto pretorio, o l'azion rescissoria; niuna distinzione tra le alienazioni a titolo gratuito ed oneroso; niuna distinzione tra atti che tendono a diminuire o che impediscono di accrescersi il patrimonio del debitore. L'alto principio, la sacrosanta massima proclamata da' novelli legislatori si fu che la frode in qualunque atto ed in qualunque titolo si nasconda, in qualunque tempo si manifesti, in qualunque modo agisca per conseguire il suo criminoso scopo dovrà essere sempre smascherata, combattuta, repressa, quindi mentre coll' art. 1119. si è accordata ai creditori la facoltà di potere esercitare tutti i diritti e tutte le azioni del debitore, coll' art. 1120 si è loro concesso il dritto di impugnare in lor proprio nome indistintamente tutti gli atti fatti dal debitore in frode delle loro ragioni, senza restringere ad un

(1) Vedi Bigot. Preamenau esposizione dei motivi della legge su i contratti n. 59. Colui che contrae dei debiti (son sue parole) obbliga tutt' i suoi beni. Questo pegno sarebbe elusorio se in pregiudizio de' suoi creditori trascurarebbe di esercitare i suoi diritti. Devon dunque esser questi ammessi ad agire direttamente, poichè il di loro interesse ed il timor delle frodi stabiliscono la di loro qualità.

anno lo esperimento delle loro azioni, che si estinguono colla sola prescrizione del trentennio (1), e senza assoggettarlo ad alcun previo esperimento di escussione come si è prescritto al fidejussore, ed al terzo possessore di beni specialmente ipotecati, sempre nell'idea di favorire la condizione del creditore in preferenza dello acquirente.

Così la rivocatoria acquistò nuova vita, nuova forma, e produce novelli effetti!

Così la sola idea di garentire il principio proclamato dall'art. 1963 e di punir la frode in qualunque tempo e con qualunque veste si mostrasse per attentare alla santità delle contrattazioni sociali, servì di norma ai principii regolatori dell'azion rivocatoria rigenerata dalle nuove leggi!

Così interdetto alla frode ogni asilo, negata ogni risorsa, le nuove leggi con occhio vigile mirano a reprimere il delitto nella stessa sua sorgente criminosa che li dà vita, senza curarsi se veri o simulati sieno gli atti la cui mercè la frode ottiene lo scopo di attentare ai dritti dei creditori (2)!

(1) Vedi Agresti tom. 5. pag. 404.

(2) La ragionevolezza della distinzione tra atti veri, ma fraudolenti, ed atti simulati, risulterà manifesta se si vorrà attendere alle venticinque leggi che compongono il titolo 8. lib. 42 ff. *quae in fraud. credit.* ed alle nove leggi che compongono il titolo 22 lib. 4. c. *plus valere quod agitur, quam quod simulate concipitur*. Nel digesto il Legislatore non contempla che i diversi casi di donazione, di vendita, di costituzion di dote, di servitù, di pegni, di pagamenti anticipati, di remissione di debiti, di restituzioni anticipate di fedecommissi,

§. 3. Ma quali sono gli atti che possono attaccarsi di frode? Quando sono riputati fraudolenti? Contro quali persone i creditori possono agire?

Le nuove leggi serbano su di ciò alto e profondo silenzio, e quindi il Magistrato studiando il dritto nella natura, nell'istoria, nella scienza, interrogandolo arditamente nella sua filosofia, seguendolo ne' suoi annali, contemplandolo ne' suoi dogmi, si gioverà del soccorso

e di altri atti fatti realmente senza alcuna simulazione, ma solo nel fine di frodare i creditori, e lungi dal dichiararli nulli si contenta di prescrivere, che i creditori possono rivocare *quaecumque in fraudem eorum alienata sunt*. Per l'opposto nel codice al tit. 22. lib. 4. *plus valere quod agitur quam quod simulate concipitur*, non menochè nelle leg. 27 ff. *de pactis*, 3. ff. *de adquirenda vel amit. posses.*, nella leg. 55. ff. *de contrahenda empt.*, leg. 3. e 9. c. eod., leg. ult. c. *pro donat.* si sanziona, chè quando un contratto vero si fosse nascosto sotto l'ombra di un contratto apparente *debet inquiri veritas facti*, perchè *plus actum quam scriptum valet*; ma quando l'atto scritto fosse colpito di simulazione assoluta, quando nulla contenesse di reale, ma fosse stato simulato sia per ischerzo, sia per ingannare ad altri, allora era improduttivo di qualunque effetto legale. Vedi Brunemanno e Gotoffredo sulle l. 25. ff. *de contrahenda empt.*, 3 e 9 c. eod., nonchè Mascardo de probat., Mantica *de tacitis et ambiguis conventionibus*.

Questa stessa distinzione è stata ritenuta dalle nuove leggi, poichè gli atti fatti in frode de' creditori, non gli atti simulati a lor danno dan luogo all'azione rivocatoria, ai sensi degli art. 1119 e 1120 LL. CC., mentre gli atti simulati sono nulli o rescindibili, poichè o la simulazione è assoluta, e la mancanza del consenso li rende improduttivi di effetti legali; o la simulazione è relativa, ed avendo essa per oggetto di evitare l'effetto di una legge proibitiva, il pagamento di qualunque im-

della dottrina, e de' principi generali della scienza del dritto per risolvere le quistioni che gli offrono i casi particolari sottoposti al suo disame; nè gli sarà interdetto di consultare il fonte della sapienza latina per giovarsene non come norma delle sue decisioni, poichè quella legge è stata ormai abolita, ma come guida per penetrare nel laberinto del cuore umano onde scrutarne le più occulte latebre, per distinguere la verità della simulazione, e scovrir la frode per combatterla con tutta la brigata che la siegue, cioè l'insidia, lo spergiuro, e la simulazione sue fide ministre.

Così se un debitore, padrone di un sol fondo di cui il valore non eguaglia la metà de' suoi debiti, lo aliena mentre è pressato dai creditori per lo adempimento delle obbligazioni contratte, ed il compratore non ignora la posizione dell'alienante, il saggio e prudente Magistrato non tarderà a dichiarar fraudolenta la vendita.

Così se il debitore, padrone di un sol credito, il di cui valore è di gran lunga inferiore all'immensa mole de' suoi debiti, o lo cede ad

posta, o di qualunque dritto, o l'idea di conferire un vantaggio indiretto, la legge li fa sussistere fino chè il contratto che essi racchiudono non è in opposizione ai suoi dettami. Un atto vero -dunque se è fraudolento può essere revocato fino alla concorrenza de' dritti del creditore che avea in mira di frodare: un atto colpito di simulazione assoluta è nullo ed improduttivo di dritti, e di obbligazioni: un'atto finalmente colpito di simulazione relativa sussiste solamente in *quantum actum non scriptum est*, e sussiste solamente per quei contratti che non sono dalla legge riprovati. Vedi Fabro al tit. *plus valere quod agitur* def. 1. e Merlin alla voce *simulation*.

estranei, o lo vincola in modo da sottrarlo alle ricerche de' suoi creditori costituendolo in dote alla figlia ed alla nipote, facendosi gioco della buona fede, il saggio Magistrato non tarderà a dichiarar fraudolenta la cessione o la costituzione di dote, specialmente quando il consorte o il genero non ignoravano che l'unico cespite lor ceduto formava la sola garentia dei creditori della cedente, i di cui dritti si ebbe in mira di sacrificare colla cessione fattane.

Così finalmente se taluno chiamando per ausiliaria la simulazione, allorchè gli s'intima il precetto di pagamento ad oggetto di eludere i dritti de' creditori, finge di apparire insolubile fittiziamente vendendo o disponendo in favor de' suoi successibili, di tutto il suo patrimonio riservandosi l'usufrutto vita sua durante, non vi sarà chi non iscorga manifesta la frode, chi non si senta disposto a combatterla e punirla, sia che con titolo oneroso o gratuito si fosse fatta l'alienazione che asconde la frode e l'insidia tesa ai creditori dell'alienante. In tutti i casi sopra esposti non si potrà mai bilanciare tra la simulazione e la verità, tra l'astuzia e la buona fede, tra l'innocenza ed il delitto, nè vi sarà uomo al mondo che non si senta acceso da indignazione contro coloro che si studiano di fare scempio degli altrui dritti, calpestando la buona fede in che vive la vita delle contrattazioni sociali. Il compratore, il donatario, il marito cui si è costituita la dote non ignorando nè la condizione, nè la fortuna di colui col quale ha contrattato, non ignorando il pregiudizio de' creditori che ci pur volle sacrificare alla sua avidità ed al suo privato interesse, non può non dirsi complice del

delitto commesso, non chiamarsi responsabile del danno cagionato ad altrui col concorso dell' opera sua, e quindi non ha di che dolersi, se smascherata la frode ei rimarrà vittima dei danni che macchinava inferirne ad altri.

§. 4. Invano si dirà : 1. Che avendo il debitore il possesso e l'amministrazione de' suoi beni fino a che non segua la spropriazione in suo danno, non potrebbero nell' interesse de' terzi rinvocarsi le alienazioni fatte da chi avea dritto di alienare qualunque esser potesse il pregiudizio de' creditori, perchè altrimenti si commetterebbe un attentato al dritto di proprietà che le leggi di tutti i tempi han sempre riconosciuto come sacro ed inattaccabile : 2. Che la frode non è altrimenti punita se non perchè è un delitto, ed il delitto non si compone del solo elemento fisico che si vuol fare consistere nel danno del creditore : 3. Che il debitore allorchè vende il suo patrimonio può avere spesso tutta l'onesta intenzione di pagare i debiti per la speranza di una futura risorsa, che poi svanisce, e quindi saria ingiusto punirlo di una colpa non sua : 4. Che in fine ammessa la nostra teoria il regime ipotecario sarebbe inutile, perchè il dritto de' creditori non potrebbe mai vacillare malgrado la dissipazione del patrimonio de' debitori.

Son questi gli argomenti prodotti in sostegno della contraria tesi, ma per poco che si voglia penetrare lo spirito delle leggi che ci governano, per poco che voglia mettersi in armonia co' tempi, co' suoi progressi, colle sue mobilità, non si tarderà a convincersi che gli argomenti prodotti non poggiano che su de' sofismi, di cui sia agevole rilevarne l'insussistenza.

Ed in vero niun dubbio che per l'art. 470 leggi civili il proprietario non può perdere la sua proprietà altrimenti che per 'suo proprio fatto, ma niun dubbio altresì che per l'art. 70 leggi di espropria niun può trasferire ad altri dritti maggiori di quelli che egli ha (1), e d'altronde il rispetto dovuto alla buona fede, non è men sacro del rispetto dovuto al dritto di proprietà (2).

Or se la norma del giusto e dell'ingiusto civile (3) non deve esistere che nella legge, quella stessa legge che nell'art. 771. leggi di procedura civile, ed art. 12 leggi di espropria, lascia al debitore intatto il dritto di proprietà e di amministrazione de' suoi beni fino alla denunzia del pignoramento, negli art. 1962 e 1963 leggi civili dichiara che i beni de' quali egli ne ha il godimento formano la garentia de' dritti de' suoi creditori in favor de' quali costituiscono un pegno legale, che non può non trasmettersi agli acquirenti quantevolte i debiti del loro autore non fossero stati ancor soddisfatti. Abbiain così due principj, due massime, due norme di giusto civile egualmente rispettabili, perchè egualmente sanzionati dalla legge: ma nella contradi-

(1) Vedi le leggi 2. e 54 ff. *de regulis juris*.

(2) Una pruova non dubbia del rispetto dovuto alla buona fede si ha dalle leggi 89 ff. *de legat.*, 2. 44. ff. *de acquirenda haered.*, 18 ff. *quod metus causa*, 13 20, e 25 ff. *de haeredit. petit.*, non che dalla famosa legge *Barbarius Philippus*, 3 ff. *de offic. praetorum*, e da infinite altre racchiuse nel corpo del dritto Romano, nelle quali sempre il rispetto dovuto alla buona fede primeggia al rispetto dovuto alla proprietà.

(3) *Quid nostrum, quid alienum legis civilis est*. Tommaso Moro.

zione degli interessi di un creditore il cui dritto anteriore rimane tradito, e di un acquirente posteriore che cerca di sostenere il dritto acquistato, la ragione, la morale, l'equità, il bene pubblico consigliano doversi preferire il primo al secondo, poichè se l'uno contrasse quando i suoi dritti erano in sicuro mediante il pegno legale che gli offrivano i beni del suo debitore, l'altro contrasse nella piena conoscenza dello stato attivo e passivo del suo venditore o del donante, e quindi non può dolersi del danno che invano vorrebbe far gravitare su i creditori protetti dall'egida onnipossente degli art. 1962. e 1963. LL. CC.

Questi furono sicuramente i motivi pei quali i novelli legislatori dopo aver stabilito il principio che *chi si obbliga, obbliga i suoi beni*, art. 1962 e 1963 leggi civili, negli art. 547., 705. 2131 dette leggi accordano al creditore la facoltà di far dichiarare nulla la rinunzia ad una prescrizione fatta da' loro debitori, nulla la rinunzia ad un usufrutto, nulla la rinunzia ad una successione senza bisogno di provar altro, se non il pregiudizio che da tali atti s'inferisce ai loro crediti: e per questi stessi motivi negli art. 1119 e 1120 leggi civili si è sanzionato il principio generale che il creditore può non solo impugnar qualunque atto fatto dal debitore in frode delle sue ragioni, ma può eziandio nel suo proprio nome esercitare tutti i dritti, e tutte le azioni del suo debitore, che se il legislatore nell'articolo 437 leggi di eccezione, in favor del solo commercio ha imposto a carico de' creditori la pruova della frode per gli atti a titolo oneroso fatti dal fallito ne' dieci giorni che precedono l'a-

pertura del fallimento, questa eccezione conferma la regola che in materia civile il danno del creditore in di cui pregiudizio si è diminuita la fortuna presente del debitore, o si è allontanata la fortuna che stava per accrescere il suo patrimonio pria del pagamento de' suoi debiti, costituisce l'unica misura dell'ammissione dell'azion rivocatoria contro dell'alienante per attribuire al creditore il prezzo della cosa venduta, se non siasi ancor soddisfatto, e contro l'acquirente a titolo oneroso e gratuito, semprechè appaia la frode sia dall'atto istesso di alienazione, sia da qualunque altra estrinseca prova.

Questi principj differentissimi da quei che regolavano l'antica nostra giurisprudenza bisogna cercarli nel sistema generale della nuova legislazione, la quale conformandosi ai nostri costumi, agli elementi della nostra economia civile, alle nostre relazioni commerciali, ha ragionevolmente bandite quelle minute ricerche e quegli estremi spesso incapaci di risultamento che l'antica legge, e più di tutto il miscuglio delle opinioni degl'interpreti, e dei decisionisti richiedevano indispensabili per l'ammissione dell'azion rivocatoria. La frode non è che un inganno, che un'azione fatta di mala fede (1), e se sempre agisce in mala fede colui che si mette nelle circostanze di non poter adempiere agl'impegni contratti, ove il compratore, l'acquirente, il donatario abbian contratto nella scienza del danno che arrecavasi ai creditori, e dell'inganno che lor si tendeva coll'atto di alienazione, la mala fede

(1) Merliu repertorio universale.

di cui son partecipi, è sufficiente a render legittima l'azion rivocatoria, ai sensi degli art. 1119 e 1120 leggi civili, perchè la legge protettrice della morale pubblica, e garante de' dritti che ella stessa sanziona e concede, non promuove, nè premia giammai l'inganno colla lusinga di ottenerne stabilmente il frutto.

È troppo vero che il delitto si compone del concorso dell'elemento morale e dell'elemento fisico; ma l'elemento morale che consiste nelle determinazioni dell'intelletto, e nella scelta della volontà, come altrimenti si rende palese se non dagli effetti? E chi non sa *che della volontà non vi è nè ladro nè tiranno* al dir di Aristotile.

Egli è ancor facile che talora il debitore mal calcolando la sua fortuna presente, mal valutando le sue speranze sulla fortuna futura, può non avere il disegno di frodare allorchè aliena i beni che forman la garentia de' suoi creditori: ma chi ha detto, chi ha preteso di sostenere che ogni alienazione debba dichiararsi fraudolenta? *Voluntatis quaestio in aestimatione judicis est.* dice la l. 7. c. de fideicom.; e noi non disconveniamo che il Magistrato, cui è affidata la tutela delle contrattazioni sociali può trovar qualche caso di eccezione per dichiarar valide le alienazioni; ma se il danno del creditore è sicuro, se è avvenuto per solo fatto dell'alienazione dell'intero patrimonio del debitore, allorchè questi sapeva di dover pagare i debiti, e l'acquirente ed il donatario erano consci della trista posizione di sua fortuna; se in fine le speranze del debitore per le sue future risorse eran chimeriche insussistenti ed immaginarie, le sue scu-

se non saranno attese, non potendo il creditore esser vittima delle altrui follie (1).

Altronde simili scuse non erano riconosciute neanche dalle leggi del digesto 1. 10. 16. e 17 *quae in fraud. cred.*, e se le ammise Giustiniano nel tit. 6. delle istituzioni *quibus ex causis manumittere non licet*, ciò fu in favore della libertà che presso i Romani era massima, nè può punto elevarsi a principio regolatore della nostra legislazione che fonda su differentissimi principî (2).

In fine il regime ipotecario anzichè divenire inutile in vigor di questa nostra tesi, viene ad essere maggiormente rafforzato e protetto.

In fatti la legge negli art. 1962 e 1963. principia dal dichiarare una di quelle massime che il potere legislativo non crea, ma che trova creata da un potere anteriore, e che hanno le

(1) Vedi Nicolini quistioni di dritto, tom. 1. Gli errori della mente non scusano mai l'uomo. Se un' onesto proprietario vende i suoi beni, sperando di pagare i creditori colle derrate che avea imbarcato a Gallipoli, chi ardirà di dichiarare fraudolenta la vendita se il naufragio del bastimento l'avesse messo nella impossibilità di soddisfare le sue obbligazioni? Ma non si direbbe sicuramente altrettanto di colui che vende il suo patrimonio ed in vece di pagare i debiti gioca al lotto sperando di pagare con tal mezzo.

(2) Vedi pensieri di Pascal parte 1. art. 6 e 9. Nulla v' ha di giusto od ingiusto che cangiando clima non cangi natura. Tre gradi di elevazione del polo rovesciano la intera giurisprudenza. Un meridiano a pochi anni di possesso decidono della verità. Le leggi fondamentali cangiano. Il dritto à sue stagioni. Giustizia burlesca cui è limite un fiume od una montagna: verità al di qua, errori al di là de' Pirenei!

loro radici nelle viscere dell' umanità (1) che *chi si obbliga, cioè obbliga i suoi beni*, poichè i beni mobili ed immobili presenti e futuri del debitore costituiscono un pegno legale in favor de' creditori, i quali hanno un egual dritto di essere pagati per contributo; ma poi soggiunge le cause *legittime di prelazione sono i privilegi e le ipoteche*, art. 1964, volendo con ciò intendere che il pegno legale derivante dall' autorità della legge dee cedere il suo posto al pegno convenzionale risultante dal privilegio e dalla ipoteca, giacchè il primo dritto non essendo che personale viene sempre vinto dal dritto reale che riunisce il pegno legale al pegno convenzionale.

Se quindi un debitore su' di cui beni gravita un' ipoteca, od un privilegio iscritto, aliena il suo patrimonio, l' azione rivocatoria in favore del creditore non iscritto, cede il suo posto all' azione di privilegio o d' ipoteca che la precede a' sensi dell' art. 1964 ll. cc., nè può esperimentarsi se non dopo soddisfatti i crediti privilegiati ed ipotecari.

L' azione rivocatoria dunque è un' azione ausiliaria dell' azione ipotecaria: essa è diretta a garantire quel creditore che fidando nella fortuna vistosa del suo debitore, gli fa credito nella sicurezza di non rimanere tradito, senza brigarsi di convenire un' ipoteca ed iscriverla, giacchè il creditore privilegiato od ipotecario iscritto nè ha bisogno del suo presidio, nè può essere vinto nel concorso dal creditore non iscritto, art. 1964. Essa in fine è stata creata per aggiungere nuovi propugnacoli alla buona fede, ed alla santità del-

(1) *Haec est non dicta sed nata lex, quam non dicimus etc.* Vedi Cicerone.

le contrattazioni, non per distruggere quelli che le offre il regime ipotecario la cui invenzione tanto onora il nostro secolo e la nostra legislazione.

§. 5. Nè ci si opponga che questa teoria tenderebbe a confondere i dritti e le azioni reali colle personali. Invero se consultiamo le legislazioni di tutt' i popoli barbari, se ci fia dato di penetrare nella culla delle nazioni, e nella primiera organizzazione delle società civili, troveremo da per tutto che l' uomo non poteva obbligare che la sua persona, ma giammai i suoi successori, nè potea obbligare i suoi beni altrimenti che dandoli in pegno, poichè quelli che possedeva al tempo di sua morte passavano al primo occupante, e le obbligazioni che egli avea contratte si estinguevano colla sua persona, come si estinguevano i suoi dritti. *Mors omnia solvit.* Vedi Toullier tom. 6. n.º 401, e tom. 3. pag. 48 e seguenti.

Ecco perchè le azioni personali erano allora ristrette alla sola persona, ed il creditore a cui il debitore erasi obbligato di dare, o di fare qualche cosa ne' primi tempi dello stato eroico di Roma, e di Atene potea arrestarlo, fustigarlo, venderlo, ridurlo in schiavitù, segare in parte il suo corpo, come risulta dalla leg. 3.^a delle dodici tavole *de rebus creditis* (1), per-

(1) Questa legge ha dato luogo ad infinite dispute tra i comentatori dell' antico dritto: Bynkershock, ed Eineccio sostengono che *secare debitores* altro non significa che vendere i loro beni all' incanto. Ma Aulo Gelio, Fabro, il Gravina, il Filangieri han dimostrato che i creditori aveano il dritto di dividere in parti il corpo del debitore quantevolte i suoi beni non erano sufficienti al pagamento de' debiti.

chè la vita e la libertà erano in prim' ordine responsabili dell' esattezza del debitore; ecco perchè ne' primi tempi di Roma il pegno e l'ipoteca si confondevano perchè il solo possesso dei beni metteva il creditore nel caso di ottenere l' adempimento degl' impegni contratti dal suo debitore (1): ecco perchè finalmente ne' due titoli *del Digesto de bonis auctoritate judicis possidentis, et quibus ex causis in possessionem eatur*, troviam consacrato che il creditore avea il dritto di ottenere il possesso de' beni del suo debitore, sia che il debito fosse scaduto, sia che fosse da scadere, sia che fosse puro o condizionato; e se dopo un determinato tempo l' obbligazione non si trovasse soddisfatta, il creditore potea ottenere il permesso di venderli.

Ma allorché la proprietà fu resa stabile e permanente, l' ordine di successione fisso e determinato, ed i beni che un cittadino possedeva furono vincolati *ipso jure* all' adempimento dei suoi impegni, surse allora la necessità di distinguere il dritto reale dal personale, secondo che il primo è una facoltà *in rem competens sine respectu ad certam personam*, mentrechè il dritto personale è una facoltà *competens personæ in personam ad aliquid praestandum vel faciendum*, ma tanto gli uni, che gli altri si esperimentano sempre ed esclusivamente su i beni dell' obbligato, colla sola differenza. 1.º Che nel primo caso la cosa è direttamente obbligata

(1) *Inter pignus autem, et hypothecam tantum nominis sonus differt*, son parole del Giureconsulto Marciano nella l. 20 ff. *de pignor. et hypothec.*

al creditore, mentre nel secondo l'è indirettamente. 2.^o Che il dritto reale rende a se obbligata la cosa singolare ch'è l'oggetto del pegno, del privilegio, o dell'ipoteca. Mentre il dritto personale affetta generalmente tutt' i beni presenti e futuri del debitore. 3.^o Che in fine il dritto reale vince il personale nel concorso, ma nè l'uno, nè l'altro si estinguono in faccia al debitore, e quelli che han causa da lui, per effetto di quella gran massima che chi si obbliga, obbliga i suoi beni, i suoi eredi, i suoi successori, ed i suoi aventi causa; massima ch'è il primo fondamento della società civile, art. 1076 leggi civili.

Così nel prosieguo di tempo, e per sola forza del dritto civile le obbligazioni che si estingueano colla persona del debitore acquistarono un carattere di realtà che le attacca alle cose ed ai beni, i quali per la morte del proprietario non possono più passare che coi loro pesi alla persona del successore che la legge destina o che il defunto ha scelto!

Così per una felice invenzione delle leggi civili considerandosi l'obbligazione personale del cittadino immedesima coi beni che ei possedeva in tempo dell'obbligazione contratta, o che ha potuto acquistare in seguito, questi divennero il pegno legale e la comune garentia di tutt' i suoi creditori! art. 1963 ll. cc.

Così finalmente per effetto di questo principio conservatore della società, anche i dritti personali de' creditori diventano essi pure reali nel senso, che essi passano come cose dipendenti dalla loro successione agli eredi legittimi o testamentari, senza che la morte scioglier potesse

quei vincoli che erano stati in vita contratti! articolo 1076 ll. cc.

§. 6. Ma quì sento ripetermi, che il pegno legale sussiste finchè i beni sieno nelle mani del debitore, e che la garentia stabilita dall' art.º 1963 non è tale e tanta da poter disturbare il riposo de' terzi acquirenti, che abbian trascritto i titoli de' loro acquisti, se sieno immobili, o abbiano altrimenti disposto de' crediti ceduteli facendoli passare nelle mani de' terzi, presso dei quali il possesso vale per titolo.

Queste obiezioni sono ingegnose, ma non solide. In fatti dov' è scritta la limitazione che si vorrebbe apporre all' art. 1963 ll. cc. ? E come supporre che il legislatore mentre da una banda ha cercato di assicurare i dritti de' creditori considerando i beni presenti e futuri del debitore come un accessorio annesso alla persona obbligata, avesse poi voluto render vano l' esperimento de' suoi dritti permettendo che il debitore potesse impunemente alienarli? L' ipoteca, il pegno, l' iscrizione sono de' mezzi dalla legge inventati per accrescere il pegno legale stabilito dall' art. 1963. La trascrizione è un mezzo atto a garentire il pacifico possesso dell' immobile acquistato in buona fede, e senza pregiudicare i dritti altrui, e coordinando il disposto degli art. 1963, 2015, 2075, 1119 e 1120 leggi civili, sarei forzati a conchiudere che se l' alienazione in buona fede seguita vien garentita dal presidio del regime ipotecario, non sarà mai tutelata quella cui diè vita la frode o l' inganno in pregiudizio de' creditori dell' alienante, poichè il credito non è che una proprietà, come osserva Grenier tom. 3. par. 2. trat. delle ipot., ed in

pari causa deve sempre esser tutelato, ed in preferenza il dritto anteriore del creditore di buona fede, anzichè il dritto posteriore dell'acquirente, che in mala fede ha fatto il suo acquisto.

Per questi motivi il Boemero (1) il Vinnio (2), l'Ubero (3) il Bacovio (4) il Poncet (5), definirono l'azion rivocatoria per un'azione personale *in rem scripta*, volendo con ciò intendere che in grazia della buona fede, ed in abominio della frode, la legge in tal caso considera il dritto del creditor frodato come un dritto iscritto sulla cosa per ministero di legge indipendentemente dal fatto suo, e che siegue la cosa obbligata nelle mani di qualunque possessore. È la legge allora che supplisce al difetto dell'uomo creando delle garentie in favore del creditore, ed in danno del proprietario che partecipando alla frode del venditore cospira con lui per eludere il credito; è la legge che inalzandosi al di sopra delle contrattazioni convenzionali, colla sua voce imperiosa espressa negli articoli 1963, 1119 e 1120 ll. cc., rende vana la solerzia dell'acquirente che si crede inattaccabile dietro la trascrizione fattane del suo acquisto, annullando l'alienazione e riducendola fino al concorrente valore del credito, che fraudolentemente voleasi distruggere ed annientire. Vedi Grenier trat. delle ipot. tom. 3. n. 368.

(1) De act. cap. 3.

(2) De act. n. 1.

(3) De act. n. 19.

(4) De act. disputat. 2. tesi 7.

(5) Trattato delle azioni pag. 118.

QUISTIONE

IL DRITTO CHE LA LEGGE ACCORDA AI CREDITORI DI POTERE IMPUGNARE GLI ATTI FATTI DAL LORO DEBITORE IN FRODE DELLE LORO RAGIONI È O PUR NO SOGGETTO ALLA PRESCRIZIONE DEL DECENNIO ?

ED IL CREDITORE CHE PER CONSEGUIRE IL SUO CREDITO FOSSE CONCORSO IN UN GIUDIZIO DI ORDINE CONTRO DEL SUO DEBITORE, POTRÀ FARE PIU' USO DELL' AZION RIVOCATORIA ?

Queste quistioni sono senza dubbio ingegnose, ma non ci sarà difficile di dimostrarne l' insussistenza col soccorso della filosofia che contempla la natura intrinseca delle leggi.

1. Ed in vero, in quanto alla prima quistione, egli è indubitato che bandito il sistema vano, complicato, monco, oscuro e litigioso delle azioni determinate, che la giurisprudenza eurenatica de' Romani inventò per rendere incerti i dritti de' contendenti, ed arbitrari i giudizi in danno della plebe sempre vittima dell' aristocratico potere de' Patrizi (1), le nuove leggi non

(1) Giov: Vincenzo Gravina *de Ortu juris civilis cap. 46.*, benchè zelantissimo e picuo di entusiasmo per la Romana giurisprudenza, non ha potuto fare ammueno di deplorare quello che propriamente costituiva il *jus civile*, e che egli chiamava *tenebrosa et tristis non tam in aequitate, quam in verborum superstitione fundata*.

In vero l' istoria, fra le tenebre della più remota antichità, tra le favole e le ricordanze degli antichi costumi, studiata con critica e colla face della ragione per guida c' insegna, che i Romani attaccati alla super-

altro esigono nell' art. 133. LL. di PP. CC. se non la dimanda motivata delle cose e de' valori; la voce azione ritenuta nelle nostre leggi non altro importa nel suo senso naturale che il dritto di agire, o anche l'atto con cui si spieghi una dimanda; ma la barbara distinzione delle *azioni di legge* e di *atti legittimi*, e la

stiziosa sottigliezza delle formole, facean da questa dipendere la validità degli atti, e de' contratti, e che i loro requisiti e le condizioni essenziali erano alle formole istesse subordinate. Vedi Duni del Cittadino Romano: Gravina *de Ortu juris civilis* cap. 56; ed Einnecio *de jurisprudentia formularia romanorum*. E dopo che i Patrizi contrariando sempre i desideri dell' afflitta plebe (che al dir di Livio non altro chiedea se non *ut hominum et civium numero simus*), crearono l' onnipossente autorità della Pretura appena che la plebe ebbe ottenuti i Decemviri in vece de' Dumviri, nouchè la nomina di un Console dal suo seno nell' anno 387. di Roma; dopo che sotto il pretesto di far signoreggiare l' equità introdussero il dritto onorario, o sia il *jus adjuvandi vel supplendi vel corrigendi juris gratia propter publicam utilitatem*, di cui furono i Pretori esclusivamente investiti; dopo che i Patrizi ajutando le leggi che supponevan deboli, supplendole perchè mancanti e correggendole perchè erronee, divennero i riformatori delle leggi stesse, gli arbitri della vita e della proprietà de' Cittadini e s' introdussero quelle tante azioni e formole che componevano il mistico libro di Appio Claudio privativo dell' ordine de' Patrizi, ed essendo stato quel libro involato da Gneo Flavio figlio di un libertino che ne fece dono al Popolo, i Patrizi non tardarono ad inventar nuove formole e nuove azioni che compongono il così detto *dritto Eliano*, mezzi intentati dalla tirannia Aristocratica, onde rendere sempre incerto il dritto, latente la giurisprudenza, e sempre arbitraria e misteriosa l' amministrazione della giustizia, onde eludere i voti dell' afflitta plebe. Vedi Cicerone *pro Murena* cap. 11. Livio lib. 3. cap. 26, Gravina *de Ortus juris civilis* cap. 46.

scrupolosa nomenclatura delle azioni circondate da formole sacramentali è stata proscritta dagli articoli 171 e 172 LL. di rito, nè vi è nelle leggi di procedura alcun titolo che lasci dipendere, come nell' antica giurisprudenza, le cose da' nomi, rendendo così più complicata e difficile questa parte della scienza del dritto (1).

Così il nuovo rito non riconosce più la denominazione di azion rivocatoria!

Così nelle leggi di PP. CC. si parla di citazioni, ma non si prescrive che nell' atto introduttivo del giudizio dovesse dichiararsi con quale azione si proponga l' attore di agire, bastando che si esprimesse la dimanda, il suo oggetto e l' enunciazione dei motivi su quali è fondata! (2).

Così finalmente promossa una domanda in giudizio, e conosciutone l' oggetto, sarà *reale* se abbia per iscopo il rilascio di una cosa speciale e determinata, e *personale* se si chiegga l' esecuzione di un' obbligazione qualunque; ma nè le parti han il dovere di dar alcun nome particolare all' azion promossa colla domanda, nè il Magistrato si brigherà di definirla, contento di ammettere o di rigettar la dimanda, secondo che la troverà giusta o contraria alla legge (3).

Or se la legge di rito non riconosce la denominazione di azion rivocatoria, mentre la legge civile nell' art. 1120 accorda ai creditori il dritto d' impugnare gli atti fatti dal loro debitore

(1) Vedi Agresti vol. 8. fascicolo 1.

(2) Vedi Agresti vol. 6.

(3) Vedi Agresti luogo citato.

in frode delle loro ragioni senza circoscrivere l'esperimento ad un tempo determinato, non è egli un rendersi superiore alla volontà del Legislatore, aggiungendo una limitazione che egli nella sua saggezza non ha creduto di dover sanzionare?

Il divieto di frodare è un precetto proibitivo dettato dalla natura anteriormente alle leggi civili; esso rende l'atto che contiene la frode colpito di nullità assoluta, e si sa che l'atto affetto da questo vizio resistito perennemente dall'onnipotenza della legge si considera come se non avesse avuto mai esistenza legale (1). Perciò dice il Sommo Giureconsulto Agresti » a' credito » ri è accordata la facoltà di elevarsi in qualunque tempo contro gli stessi atti del debitore, quando sieno seguiti ingannevolmente in

(1) Vedi Toullier t. 6 n. 553 e 554. Questo dotto scrittore sull'autorità di Dunod trat. delle prescrizioni par. 1. cap. 8. riportato da Merlin alla voce *nullité* §. 2 del suo repertorio insegna, che quando il divieto riflette l'interesse pubblico, quando il suo principale oggetto è il bene della società, la nullità non può essere che assoluta » Il divieto (son sue parole) si reputa fatto » relativamente all'interesse pubblico quando il suo primo e principale oggetto è il bene della società, o la » conservazion delle cose e de' dritti che appartengono » al pubblico, e quando il divieto cade sopra ciò che » concerne i buoni costumi, e ciò ch'è fuori commercio per dritto naturale delle genti, o civile. La nullità che in questi casi risulta dal divieto è assoluta, » poichè la legge resiste continuamente e da se stessa » all'atto che vieta, e lo riduce ad un puro fatto il » quale non può essere nè confermato, nè autorizzato, » nè produce verun dritto, azione od eccezione. »

Or potrebbe mai sostenersi che la frode non venga proscritta nell'interesse pubblico, e pel vantaggio dell'intera società?

» di loro danno. La legge protettrice della mo-
 » rale, e garante dei dritti che ella stessa san-
 » ziona e concede, non promuove e non premia
 » giammai l'inganno, con la lusinga di ottener-
 » sene stabilmente il frutto. È eccettuato solo il
 » caso di una lunga prescrizione; poichè allora
 » da un lato è difficile ottenersi prove sicure di
 » fatto avvenute in tempi remoti, e d'altra par-
 » te è urgente di assodarsi una volta la stabi-
 » lità de' domini, art. 2168., 2171. e 2175.
 LL. CC.

E proseguendo più oltre l'analisi, l'illustre
 Giureconsulto soggiunge » l'art. 1411 delle LL.
 » CC. scritto in conformità degli art. 1119. e
 » 1120 determina appunto la doppia additata
 » facoltà de' creditori in occasione di separazio-
 » ne di beni tra conjugi: facoltà d'intervento
 » per l'esercizio de' dritti del debitore: facoltà
 » di impugnare ogni separazione seguita con fro-
 » de in di loro pregiudizio: ma mentre la fa-
 » coltà d'intervento è circoscritta entro certi
 » confini dagli art. 949. a 951. LL. di rito,
 » niente annunzia che la legge con simili prov-
 » vedimenti abbia benanche inteso di coronare
 » la frode e di precludere la strada ad impu-
 » guarla in ogni tempo; che anzi l'art. 544.
 » LL. di PP. dà alla parte istessa che sia sta-
 » ta presente nel giudizio la facoltà di far rivo-
 » care la sentenza resa in suo danno, quando
 » vi sia stato dolo personale (1).

2. Ciò sarebbe sufficiente per dimostrare che
 il dritto del creditore fraudato non si prescrive

(1) Vedi Agresti vol. 5. pag. 404. a 408.

coll' elasso del decennio: ma poichè vi ha chi si sforza di distinguere voci, e dritti che sono stati confusi dalla stessa legge latina invocata in sostegno della contraria tesi, è nostro debito analizzar partitamente le teorie alle quali si fa ricorso per far conoscere quanto siano inapplicabili alla specie in esame.

Se la legge garantisce a ciascuno il dritto *persequendi in judicio jus quod sibi competit*, nel che consiste propriamente l'azione secondo il linguaggio di Celso (1), con forza non minore garantisce eziandio l'eccezione ossia la *difesa* che è di dritto di natura, e la cui merce il reo può respingere le inchieste dall'attore (2).

Nun dubbio che per antico dritto Romano, mentre propriamente parlando ogni eccezione era difesa, non ogni difesa era una eccezione, perchè l'eccezione supponeva l'esistenza di un'azione giusta riconosciuta e protetta dalla legge e che poteva mediante l'eccezione tradursi in ingiusta, mentrecchè la difesa competevasi indistintamente anche contro le azioni contrarie alla giustizia e non protette dalle leggi (3); ma ognun sa che questa severità scrupolosa di principî e di distinzioni è stata abolita da Diocleziano e Massimiano colla legge 11. cod. *de excep.* ove in termini precisi sta consagrato *defentiones seu*

(1) Legge 31 ff. *obligat. et act.*

(2) Legge 25 ff. *de adquir. posses.* e leg. 5 ff. *de doli mali except.* il Giustiniano nel §. 4. *interdictis* disse *longe commodius est possidere quam petere.*

(3) Vedi Donello lib. 22. cap. 1., e Viunio *instit. de except.*

exceptiones ad intercessores extendi, quibus reus principalis integro manente statu munitus est, constat. Ed uniformemente a questi principi il Misingero (1) l' Illigero (2) il Donello (3) e dopo tutti questi l' Einnecio *elementa juris civilis de except. §. 1313* definì *exceptio late sumpta, est omnis rei obligatio quae defentio, qua intentio actoris vel ipso jure vel ob aequitatem excluditur.*

Ma cosa ha mai di comune coll' eccezioni la riconvenzione, la quale in altri termini non è che un' azione reciproca diretta non ad escludere l'azione, ma a combatterla, non a dilatarla, ma unicamente a paralizzarne gli effetti facendola svanire mediante una compensazione che produce l'azione novella (3)? Papiniano che il primo ne fu l'inventore nella classica legge 14 *De sentent. et interlocut. omn. jud.* la restringe egli è vero al caso in cui si trattasse *de eodem negotio*, ma Giustiniano l'ampliò nella novella 96, e quindi tutt' i dottori che commentarono quelle leggi (4), giammai si sognarono di confondere la riconvenzione colla eccezione, giammai si sognarono di attribuire all' una i caratte-

(1) Al tit. dell' istit. *de excep. n. 2. e 8.*

(2) Nel suo commentario a Donello tom. 5. lib. 22.

(3) Lib. 22. cap. 1. n. 3.

(4) Leg. 11. ff. *juris dict.* leg. 1. ff. *de extraord. cognit.* leg. 6. cod. *de compensat.* Ubbro in pandect. quibus causis ad eundem judicem; Einnecio in pandectas lib. 16.

(5) Vedi Fabro nelle sue congetture lib. 20. Perezio al titolo del codice *de sentent. et interlocut.* n. 20. Voet al titolo *de judiciis* n. 78 e seguenti, l' Illigero al Donello nota 11. lib. 17. cap. 18.

ri ed i privilegi che sono esclusivamente concessi all'altra, insegnando che l'eccezione o la *difesa* è sempre *perpetua*, mentrecchè la *riconvenzione* è *temporanea*, non potendo prodursi *nisi antequam in petitione actor sit litem contestatus*. Questa è la ragione della massima *quae temporalia sunt ad agendum, sunt perpetua ad excipiendum*, tolta dall'oracolo di Paolo, il quale nelle leggi 5 e 6 ff. *de doli mali exceptione*, dice, *non sicut de dolo actio certo tempore finitur, ita etiam exceptio eodem tempore danda est*, e ciò per la ragione *cum actor in sua potestate habeat, quando utatur jure suo; is autem cum quo agitur, non habet potestatem quando conveniatur*.

In fatti tra l'attore ed il reo si marcano le seguenti sensibilissime differenze: 1. l'attore ha la facoltà di chiamare in giudizio il reo sempre che gli piace, mentre che questi non ha egual potere di farsi convenire a suo talento: 2. Il creditore può a suo talento convenire il debitore pel pagamento del suo credito, mentrecchè il convenuto non può antivedere l'azione dell'avversario ed opporgli l'eccezioni e le difese che tenderebbero ad escluderla: 3. In fine colui che è in possesso di un dritto qualunque, nulla ha a domandare finchè non viene turbato nell'esercizio de' suoi dritti, e quindi la sua eccezione non può prescriversi contro colui che non potrebbe ancora agire in giudizio. Vedi Toullier tom. 7. n. 600. pag. 556, e seguenti.

Or dietro l'esposizione di teorie sì incontrastabili di dritto, come dirassi che la Pauliana non potrebbe giovare della massima della perpetuità scritta in favor di tutte l'eccezioni?

E chi non sa che la dimanda di nullità e rescissione può esser proposta tanto in linea di azione che di eccezione (1)?

3. Nè si dica ch'essendo *personale* l'azione rivocatoria e *reale* il reclamo di proprietà, la prima non può godere il beneficio della perpetuità amica delle sole eccezioni, poichè dietro la legge 11. cod. *de excep.* tutto ciò che tende ad escludere l'azione sia giusta sia ingiusta, tutto ciò che tende a combatterla sia per legge, sia per fatto, tutto merita il nome di *eccezione*; e se Papiniano insegnò che la sola *riconvenzione* potesse ammettersi *in eodem negotio*, questo principio non era mai d'applicarsi all'eccezioni specialmente dopo la novella 96 dell'Imperatore Giustiniano.

Molto meno potrà sostenersi che la nullità risultante dalla rivocatoria non potesse dedursi in via di eccezione dal perchè l'art. 1258 LL. CC. parla di azione, mentre siccome si è osservato l'istesso dritto che può sperimentarsi in via di azione, può sostenersi eziandio per via di eccezione essendo temporanea nel primo caso, e perpetua nel secondo, per la ragione addotta dal Giureconsulto Paolo nella legge 5 *de doli mali exceptione*, e da Toullier tom. 7. n. 596 che fia inutile il ripetere (2).

4. In fine fia vano il sostenere che le sole nullità di forma posson prendere le sembianze di eccezioni sul motivo che non possono esse

(1) Vedi Toullier tom. 7. n. 796.

(2) Vedi Toullier tomo citato n. 600. a 603., Delvincourt tomo 6 tit. 5. nota 422, e Ponget tratt. della azioni.

dedursi se non dietro l'esibizione del titolo, e che la conoscenza avuta dal creditore degli atti di alienazione rende in suo danno operativa la prescrizione del decennio.

In quanto al primo assunto osserviamo, che per disposizione del dritto Romano, la perplessità di colui che teme le liti era sempre riputata lodevole; come si esprime Ulpiano nella legge 4 ff. *de alienat. judic. mutandi causa*, ed in forza delle leggi unic. cod. lib. 3. tit. 7. niuno poteva essere obbligato ad agire in giudizio *nemo invitus agere cogitur*; ed in conseguenza o che la nullità riguardasse la forma, o che riguardasse la sostanza degli atti simulati, il creditore sempre *in excipiendo* dovea dedurla per respingere gli effetti a suo danno.

In quanto poi alla seconda tesi osserviamo, che la massima *contra non valentem agere* ben applicabile sotto l'Impero delle leggi latine, lo è moltoppiù sotto l'Impero delle leggi vigenti che non riconoscono i giudizi di prevenzione e di jattanza, perchè sarebbe ben strano se mentre la legge vieta al creditore di poter impugnare gli atti di alienazione del suo debitore pria che gli acquirenti li producano per giovarsene, dovesse poi la sua azione dichiararsi prescritta dopo che i terzi acquirenti li abbian prodotti per rendere inefficace, o vano il suo credito. Ciò che alla ragione ripugna, ciò che la morale altamente riprova, non può sicuramente essere voluto dalla legge che ha la ragione per guida e la morale per iscopo.

5. Per ciò che riguarda la seconda quistione proposta osserviamo, che l'adagio volgare *una via electa non datur recursus ad alteram*

non è una regola od una massima generale, ma un principio applicabile a casi particolari, e nei quali l'eccezion della cosa giudicata si oppone all'esperimento della seconda azione ai sensi dell'art. 1305 LL. CC.

In vero Ulpiano ha insegnato *quoties concurrunt plures actiones ejusdem rei nomine, una, quis experiri debet*; ma egli stesso nella legge 130. dello stesso titolo soggiunge, *nunquam actiones de eadem re concurrentes, alia aliam consumit*, volendo con ciò farci chiaramente intendere che tra più azioni competenti ad uno stesso individuo, sia dovere di prescogliere una, ma dopo che questa siasi esaurita, si può ben ricorrere all'esperimento delle altre, quantevolte non fossero fondate sulla medesima causa. *Electa una via non datur recursus ad alteram, nisi ex alia causa*, poichè se la legge accorda a taluno più azioni ciò è perchè intende accordargli più dritti, più mezzi per tutelare le sue ragioni, e sarebbe quindi strano il supporre che in contradizione di tal principio la legge volesse poi restringere l'esperimento dei dritti accordatigli.

Ci è noto che Brunemanno sostenne la contraria dottrina fondata sulla legge 9. D. *de tributoria actione et de peculio*, ma ognun sa che l'azion tributoria non meno che l'altra *de peculio* eran fondate sulla stessa causa, cioè l'obbligo che avea il padrone di pagare i debiti contratti dallo schiavo, per cui esperimentata inutilmente un'azione, non potea esperimentarne l'altra (1).

(1) Vedi Brunemanno sulla legge 22. cod. *de furtis*, e 14 ff. *aedilitio edicto*; oltre le leggi sopra citate.

Ci è noto del pari che Fabro (1) fondato sulla legge 14 D. *aedibitio edicto* riconobbe nella scelta di un'azione una tacita rinunzia delle altre, ma tutti gl' interpreti, tutt' i dottori, fra quali il sommo Gravina riconobbero audace questa interpretazione poichè le rinunzie non mai si presumono, dovendo essere espresse.

Ma dopo le dottissime ed ingegnose confutazioni del Merlin (2) e di Toullier (3) che hanno sparso tanto lume sulla materia, non vi sarà chi possa ulteriormente sostenere, specialmente sotto l' Impero delle nuove leggi il vigor di una massima cui la ragione ripugna, dappoichè avendo la legge accordato all' attore l' esperimento di più azioni, sarebbe strano ed assurdo limitargliene l' esercizio e restringerne l' esperimento, perlocchè al venditore che inutilmente avesse reclamato in un giudizio di ordine il suo privilegio per la resta di prezzo del fondo venduto, la giurisprudenza costante ed uniforme dei Tribunali Ultramontani, e patrì ha sempre accordato il dritto di poter chiedere la risoluzione del contratto ai sensi dell' art. 1500 LL. CC., come è da vedersi in Sirey vol. 12. par. 1. pag. 56. vol. 11 par. 1. pag. 337., vol. 15. par. 1. pag. 147., vol. 16. par. 2. pag. 45., vol. 18. par. 1. pag. 128. Merlin repert. alla voce priv. di credito sez. 5 n. 5 e nelle sue quist. di dritto alla voce risoluz.

(1) Ne' suoi *rationalia* sulla leg. 9 *de tributoria act.*

(2) Alla voce *aption* nel suo repertorio, e nelle quistioni di dritto.

(3) Tom. 10. n. 170. a 196.

QUISTIONE

ALLORCHÈ PIU' COEREDI POSSEGGONO IN COMUNE E PRO-INDIVISO L'EREDITA' DE' LORO MAGGIORI, GLI ACQUISTI PARTICOLARI FATTI DA UNO DI ESSI DEBBANO METTERSI IN COMUNE COGLI ALTRI E FAR PARTE DELLA DIVISIONE?

Questa quistione si è offerta nella causa tra Scorza, e Bruzzani.

Le figlie di D. Isidoro pretendevano di partecipare agli acquisti fatti da' loro zii D. Pasquale, D. Saverio, e D. Carlo colla loro particolare industria, sol perchè essi tutti possedevano in comune l'eredità del fu Giuseppe Scorza Seniore, avo delle attrici e padre di D. Isidoro, D. Pasquale, D. Saverio, e D. Carlo, per effetto di un consiglio lor dato dal testatore.

Chiamati a sostenere le ragioni de' convenuti, noi abbiam conchiuso ne' seguenti termini nel 1839.

1. È veramente nuovo in giurisprudenza l'assunto di confondere la comunione colla società, ed è ancor più nuova l'idea di far dipendere la Società da un consiglio dato dal testatore agli eredi di convivere, coabitare e stare insieme nella casa per così questa avanzare nelle rendite.

Si sa che la volontà de' testatori fa legge agli eredi, si sa ch'è di pubblico interesse di darsi piena esecuzione alla estrema volontà de' defunti, ma è ancor noto ai tironi del foro che niuno può obbligarsi, nè essere obbligato a stare in comune leg. 43 fam. erciscund. leg. ultima cod. divid. leg. 14. ff. cod. leg. 70. ff.

pro soc. Cujacio abso. 10 n. 21 Claro 3 sentent. §. 1. quest. 60. Altronde niuna legge ha mai prescritto che la comunione sia che dipendesse dalla volontà delle parti, sia che fosse l'effetto degli altrui suggerimenti, consigli o precetti potesse estendersi al di là degli oggetti che si posseggono in comune, rendendo comune gli acquisti particolari fatti da coloro che si trovano nella comunione; che anzi la sapienza latina ci offre delle leggi che stabiliscono perfettamente il contrario. In fatti Papiniano nella legge 5a ff. *Pro socio*, parlando del caso in cui più fratelli convivendo in comune l'uno di essi avesse fatto dei particolari acquisti, si esprime così. *Si fratres parentum indivisas haereditates ideo retinuerint ut emolumentum ac damnum in hiis comune sentirent, quod aliunde quaesierint in comune non redigetur.* Conobbe dunque il sommo Giureconsulto che essendo gli uomini per natura disuguali nelle forze fisiche e morali, sarebbe stato ben strano, ben ingiusto, ben irragionevole che l'uno de' fratelli sol perchè in comune cogli altri possiede il paterno retaggio, dovesse suo malgrado conferire agli altri quegli acquisti che furono il frutto del suo ingegno, del suo sapere, della sua industria; conobbe che ammettendosi questo mostruoso assurdo si sarebbe esaurito il germe dell'attività e della industria, poichè niuno de' coeredi avrebbe più curato di mettere in attività il suo ingegno, sicuro di dovere rendere partecipe de' suoi sudori il coerede scialacquatore, od ozioso, la di cui inerzia sarebbe da tal principio del pari fomentata; conobbe in fine che abbisognava frapporre una barriera tra ciò che tutt' i coeredi

possedevano in comune, e che a tutti dovea egualmente profittare e ciò che durante la comunione ciascuno di essi avesse particolarmente acquistato, per lo che stabilì il principio consagrato egualmente nella legge 48 ff. *De admin. et peric. tut. leg. 4 cod. de utriusq. jud.*; e specialmente nella legge 8 cod. *si quis alteri, vel sibi*, ove gl'Imperatori Massimiano e Diocleziano in termini non equivoci consagrano *qui aliena paecunia comparat non ei cuius nummi fuerunt, sed sibi tam actionem empti quam dominium, si ei fuerit tradita possessio, quae-rit. Cum itaque de rebus comunibus fratrem patruelem tuum quaedam comparasse contendas, de tua paecunia hunc conveniendo facies consultius. Nam in rem de rebus ab eo comparatis tibi contra eum petitio non competit.*

- Se il paterno consiglio potè suggerire ai figli di vivere in comune, nè ha potuto, nè voluto loro imporre ciò che vietava la legge che gli uni profittassero de' sudori dell'altro, partecipando agli acquisti fatti colla sua particolare industria.

2. È poi illegale il sostenere che la comunione suggerita dal testatore costituir potesse un quasi contratto di società, per quanto è incontrastabile che la comunione viene dalla società distinta con marcatissimi caratteri. *Ut sit pro Socio actio*, dice Ulpiano, nella leg. 31 ff. *pro Socio, societatem intercedere oportet, nec enim sufficit, rem esse communem, nisi societas intercedit. communiter autem res agi potest etiam citra societatem, ut puta cum non affectione societatis incidimus in comunione, ut evenit in re duobus legata: item si a duo-*

bus simul emptā res sit; aut si haereditas, vel donatio communiter nobis obvenit, aut si a duobus separatim emimus, partes eorum non socii futuri.

E lo stesso Ulpiano nella legge 32 dice: *nam cum tractatu habito societas coita est, pro socio actio est: cum sine tractatu, in re ipsa et negotio communiter gestum videtur.*

In vero è principio incontrastabile di dritto che la società nasce dal contratto, da un' antecedente convenzione, mentre che la comunione si forma anche ex incidenti: *si communiter gestum sit sine tractatu et conventione l. 2, e 4 cod. Com. Divid. l. 2, e 29 ff. cod. §. 3. Institut. De obligat: ex quasi contract.*, che la società può comprendere oggetti singolari, la totalità de' beni, la totalità degli acquisti, o gli acquisti soltanto l. 1. e 50 ff. *pro socio*, mentre la comunione non comprende che gli oggettiistenti in comune, e che continuano a rimanervi sia per consenso tacito, sia *ex accidenti*, sia perchè in comune si è fatto l'acquisto leg. 33. ff. *pro socio* leg. 29 ff. com. Divid. In fine la società è regolata dalla legge del contratto, mentre la comunione è sottoposta alle norme di dritto e di equità naturale che reggono i quasi contratti, e che fondano sul gran principio di non potersi fare ad altri ciò che non si vuole per se, e di non potersi arricchire col danno altrui senza che però mai potessero nella comunione comprendersi gli acquisti particolari fatti da colui che ha la cosa in comune, e che non ha messo sicuramente in comune la propria industria.

Or se nella specie nè ha mai esistita nè si

è mai allegata veruna società convenzionale: se quella che si vorrebbe far dipendere dalla comunione è un assurdo, che resiste ai principi più elementari del dritto: se in fine per disposizione testuale di legge gli acquisti particolari fatti nel corso della comunione non possono, nè debbono mettersi in comune, con qual dritto le figlie di D. Isidoro possono agognare agli acquisti particolari di D. Pasquale, D. Saverio, e di D. Carlo Maria, che sono i frutti della loro industria? Ben a ragione i convenuti non sapendo trovar ragione delle pretese delle attrici, pensarono che o desse volessero giovarsi dell'azione di petizione dell'eredità ed in tal caso la loro dimanda sarebbe respinta dalla legge 9 ed 11. ff. *de haered. petit.*, e 14. cod. non essendosi dimostrato che gli acquisti facean parte dell'eredità di Giuseppe Seniore; o desse intendessero impugnare di simulazione i ventotto titoli di privato acquisto giusta la legge 4. cod. *si quis sibi vel alteri* degl'Imperatori Valeriano e Galieno, ed allora bisognerebbe dimostrare, che il danaro, con cui si fecero gli acquisti era nell'eredità di Giuseppe Scorza, e che i fratelli Pasquale, D. Carlo Maria, e D. Saverio frodando il germano D. Isidoro avessero in di lui pregiudizio intestati a se gli acquisti, il di cui prezzo appartiene a tutt' i quattro fratelli, nel qual caso l'azione di simulazione quando anche s' intentasse regolarmente dalle attrici sarebbe inammissibile; perchè la legittimità degli acquisti medesimi è stata riconosciuta dal loro padre D. Isidoro, da cui han causa.

In ogni caso poi quand' anche si volesse ammettere la strana ipotesi che Giuseppe Scorza

Seniore, morto nel 1793, avesse dato ai figli Pasquale, Carlo, e Saverio il danaro con cui essi cinquanta o sessanta anni dopo fecero i loro acquisti, la dimanda delle attrici sarebbe sempre impertinente e non suscettibile di prova, poichè se il denaro fosse stato dato a titolo di donazione, la pruova ne è vietata ai sensi dell' art. 855, se a titolo di mutuo o di deposito, la pruova è interdetta dall' art. 1295., se finalmente per una causa diversa da quella espressa nei titoli autentici di acquisto, la pruova è sempre proibita dagli art. 1273, 1295. LL. CC.

Così svanita la mostruosa idea di potersi una società far derivare dalla comunione per le testuali disposizioni delle leggi 31 e 32 ff. *pro socio*, la pretesa di potere partecipare agli acquisti di D. Pasquale, D. Saverio, e D. Carlo Maria per effetto di una società legale indipendente dal contratto sarà respinta dal buon senso, dalla ragione, e dalla legge!

Così dimostrato per le testuali disposizioni delle leggi 62 ff. *pro socio*, 4. cod. com. *utriusque jud.* 4. ed 8. cod. *si quis alteri vel sibi*, che gli acquisti fatti durante la comunione appartengono esclusivamente a colui che gli fece, apparirà non men strana l'impresa di volere attribuire alle figlie di D. Isidoro quegli acquisti che i loro zii fecero a forza di privazioni e d'industria personale cinquanta o sessanta anni dopo la morte del comune genitore D. Giuseppe Scorza Seniore!

Così finalmente rimane pienamente dimostrato che nè il consiglio del testatore suggerito ai figli di vivere in comune potea loro rendere comuni gli acquisti a dispetto della legge, nè le figlie d' Isidoro potran mai agognare agli acqui-

sti de' loro zii sia coll'azione di petizione di eredità, sia impugnando di simulazione i 28 titoli esibiti dai convenuti!

3. Ma poichè le attrici si fanno scudo delle autorità di Domat, Pothier e Merlin per sostenere le loro ingiuste pretese, ci fia lecito analizzarle con quell'attenzione che l'interesse della causa ne impone, sicuri che non ci sarà difficile il dimostrare che nè gli autori citati, nè infiniti altri Giureconsulti che trattarono della materia si son mai sognati d'insorgere contro l'elementari disposizioni del dritto, testè esposti, per sostenere l'illegale assunto delle attrici.

In vero Domat lib. 1. tit. 8. sezione 2. della natura della società §. 1. dice » La società non può contrarsi che col consenso di » tutt' i soci i quali debbono scegliersi ed aggregarsi reciprocamente per formar tra loro un » legame che è una specie di fraternità.

» E nel §. 2. non resta per formare una » società che due o più persone abbiano qualche cosa in comune tra loro, come i coeredi di una medesima successione, i legatari, donatari o compratori di una stessa cosa, poichè queste maniere di aver qualche cosa in comune tra molti non contengono la scelta reciproca delle persone, non istringono la società.

Nel §. 7. poi si esprime » Se due o più » persone volendo comprare una medesima cosa convengono, per non rincarare l'uno contro l'altro, di comprarla unitamente, o per mezzo di una persona terza: tal convenzione lor rende comune la cosa comprata, ma non li mette in società: Poichè non sono legati

» per la scelta delle persone , ma solo per la
» cosa che hanno in comune.

Ed in conferma di tali distinzioni egli cita le leggi 31. 32. 33. 63. 59. 65 ff. *pro socio*, 29. ff. *com. divid.*

Il Pothier nella prima appendice al contratto di società dice » La principal differenza tra » la società e questa specie di comunione si è » che la società è un contratto , e che la co- » munione che ne risulta è formata dalla vo- » lontà e dal consenso delle parti.

E spiegando quindi le rispettive obbligazioni che il quasi contratto di comunione forma tra i quasi soci, insegna che il quasi socio, ossia quegli che tiene una cosa in comune dee render ragione di ciò che ha preso nella comunione, degli interessi, del danno che ci ha cagionato sia nelle cose, sia negli affari della comunione , di indennizzare i quasi soci delle somme sborsate, o dei debiti contratti per gli affari della comunione, di contribuire per la parte che egli ha nella comunione alle riparazioni che debbono farsi nelle cose comuni, ma giammai si è sognato d'insegnare che il quasi socio potesse partecipare degli acquisti particolari che avesse fatto colui col quale egli avrà qualche cosa in comune. V. Pothier, trattati vol. 26. appendice al contratto di società pag. 163 a 166.

In fine il Merlin alla voce *ritratto successorio* insegna » che colui il quale possiede una » eredità in comune con altri debba conferire » nella massa il profitto che ha ritratto dalla » cessione fattagli da un debitore dell' eredità co- » mune ; ma ciò perchè ? Perchè sull' autorità delle leggi 19 ff. *Fam. aerciscund.* 89. ff. §.

4. *de legat. prim.* il Giudice dee aver cura di non lasciare a profitto individuale di uno de' coeredi, ciò che gli è pervenuto personalmente dalla successione, o dalla convenzione che ha fatto sopra qualche oggetto riguardante la successione medesima, ciò che è eziandio applicabile a coloro che posseggono qualche cosa in comune, giusta la legge 7. §. ultimo ff. *com. divid.* legge 19. ff. *de noxalib. act.* legge 74. ff. *de jur. dot.*

In fatti nella specie propostasi dal Sig. Merlin trattavasi di sapere se l'acquisto di una qualche cosa concernente la successione non ancor divisa, fatta da uno de' coeredi dovesse mettersi nella massa della successione, ad istanza di uno de' coeredi comuni, coll'obbligo di rimborsare il compratore della somma sborsata in occasione di tal compra, ciò che era permesso ad un coerede isclatamente dalla consuetudinè di Artuis.

Essendosi questo caso presentato nella causa di Vergemont e Russel, i coeredi Vergemont pretesero di esercitare il ritratto successoriale contro Russel cessionario di Elena Savorai donataria di Francesco Vergemont, e la loro dimanda gli venne aggiudicata con arresto del 12 Marzo 1806 dalla Corte di appello di Amiens. Portata la causa alla Corte di Cassazione Merlin sostenne che un' estranea, quale era la moglie di Francesco Vergemont, posta dal coerede nel suo luogo qual sua donataria universale, era da considerarsi coerede essa pure; che in conseguenza potea ben profittare del beneficio dell' art. 841. cod. Francese, e 760 LL. CC., ed in questo senso decise la Corte di Cassazione con arresto del 1. Dicembre 1806. In quella occasione Mer-

lin invoca la legge 19 ff. *fam. aerciscund.*, 89 §. 1. *de leg. 1.* 19. ff. *de noxalib. action.* 78. ff. §. 4. *de jus dot.*, 62. ff. *ad leg. falcid.*, 68. ff. *de adquir. aered.* 69. ff. §. 3. *de legat.* 2.; nonchè l'autorità di Fabro, di Tiraquello e di Zoesio, per dimostrare che il ritratto successoriale compete a tutti i coeredi, e che nel caso di rifiuto soltanto un solo tra essi può profittarne, perchè per rapporto al ritratto successoriale coloro che posseggono la cosa in comune si considerano come quasi soci, e ciò per combattere l'opinione di Toullier, il quale nel tom. 4. n. 441. uniformemente alla opinione di Chabot tom. 3. pag. 82 a 191, sosteneva che quando la cessione si fosse fatta ad un parente successibile, il ritratto successoriale non avrà luogo perchè desso è stato stabilito per motivo che è interesse delle famiglie che non si ammettano a penetrare nei loro segreti e non si associino ai loro affari estranei, cui la cupidità, o forse il desiderio di nuocere hanno soltanto determinato a divenire cessionari, e che apporterebbero quasi sempre la dissensione nelle famiglie, e la discordia nelle divisioni.

Ma nè Merlin, nè Toullier, nè Chabot si sono mai sognati di sostenere che il ritratto successoriale potesse mai sperimentarsi sugli acquisti fatti da coloro che posseggono l'eredità in comune, nè ciò viene consagrato in alcuna delle leggi citate, che anzi nella legge 25 ff. *fam. aerciscund.* il Giureconsulto Paolo nel §. 7 dice: *quod pro emptore, vel pro donato coeres possidet in familiae aerciscundae judicium venire negat Pomponius*, ed ivi il Gottofredo osserva *potest enim res ex pluribus causis a nobis*

possideri leg. 9. ff. cod. leg. 3. §. 4. ff. de acquir. vel admit. Hinc collige adversus titulo possidentem; familiae haerciscundae iudicium non dari.

E nella legge 4. cod. *Utriusque jud.* gli Imperatori Massimiano e Diocleziano in termini precisi prescrissero. *Si patruus tuus ex comminibus bonis, res comperavit, sibi, negotium gerens, non omnium bonorum socius constitutus, pro competentium portionum modo indemnitati tuae consuli oportet, et ideo rem emptam communicare eum contra juris formam postulas.*

Or che ha di comune la specie proposta dal Sig. Merlin con la causa in esame? Non è il cessionario di D. Isidoro Scorza che richiede il ritratto successoriale contro i suoi coeredi, ma sibbene le sue figlie, le quali dimandano non una quota de' dritti successorî ad altri ceduta, ma in vece di voler profittare de' beni particolari di D. Pasquale, D. Carlo M.^a, e D. Saverio Scorza, contro l'espresso divieto delle leggi.

Non si tratta nella specie di una transazione fatta da D. Pasquale, D. Saverio, D. Carlo Maria, di qualche credito ereditario con un cessionario di dritti litigiosi; non si tratta di qualche assegno di fondi ereditari fatto ad un creditore col patto della restituzione dopo pagato il debito, e di cui i convenuti volessero esclusivamente attribuire a se il profitto; non si tratta in fine di acquisti fatti *ex re haereditaria vel comuni* per convenzione sopra oggetti posseduti in comune per potersi invocare le autorità di Domat, Pothier, e Merlin, ma è unicamente questione di sapere, se gli acquisti particolari fatti in

proprio nome da D. Pasquale, D. Saverio, e D. Carlo Maria possono rendersi comuni alle figlie d'Isidoro dopo sessanta anni dal dì della morte di Giuseppe Scorza Seniore; e fino a che le attrici non avranno dimostrato che tali acquisti si son fatti con danaro ereditario di Giuseppe Seniore, lungi dal potere pretendere una rata sugli acquisti medesimi, non potranno neanche lusingarsi di aver dritto sulla rata del prezzo pagato, poichè dal processo giuridico risulta che sino al 1805. l'asse ereditario del fu D. Giuseppe Scorza Seniore non ammontava che a soli D. 8337. divisibili tra cinque figli, ai quali non avrebbe potuto essere sufficiente neanche per semplice sostentamento, e di cui la quinta parte spettante ad Isidoro padre delle attrici, non men che d'Ignazio da cui han causa i quattro convenuti Giuseppe, Luigi, Teresina, e Rosaria, non avrebbe potuto bastar neanche per alimentar la sua numerosa famiglia composta di tre figlie e quattro nipoti.

4. Fin quì si è dimostrato che invano le attrici ricorrono alle autorità de' Signori Domat, Pothier, e Merlin per sostenere le loro ingiuste pretese, ma non fia difficile ricorrere ad altre autorità non meno imponenti per dimostrare che l'opinione de' dottori non meno che la voce uniforme e costante della giurisprudenza oltramontana e patria facendo plauso all'autorità sacra delle leggi 52. ff. *pro socio*, 4. ed 8. cod. *si quis sibi vel alter*, 4. cod. *com. utriusq. jud* stabiliscono il principio incontrastabile, che la comunione non può giammai confondersi colle società, che nella comunione non possono comprendersi i particolari acquisti di uno de' dividendi o coeredi, poichè dessa non si estende oltre gli oggetti posse-

duti in comune; che in fine supporre una società per ministero di legge, mentre essa deve essere il risultato della convenzione delle parti è un' assurdo che resiste ai principî elementari del dritto.

In vero il Vinnio nelle sue quistioni scelte lib. 1. cap. 36 nell' esporre le differenze delle azioni *pro socio*, e *comuni dividundo* si esprime così: *differunt haec due actiones non modo rebus, verum etiam petitione et fine judicis. In rebus hoc interest, quod communi dividundo actio non est nisi de re adhuc communi* leg. 1. ff. com. divid. *at pro socio actio ferre non est nisi de rebus quae communes non sunt ut in commune redigantur.* L. 52 e 73 ff. *pro socio.*

Paetio quoque utriusque judicis dissimilis. Communi dividundo actio eo principaliter pertinet ut res communes inter consortes dividantur at quae a communione recedatur leg. 3 ff. com. divid. *at actio pro socio tantum est de personalibus prestationibus extra divisionem positis et ideo ad divisionem non pertinent* leg. 1. e 53. ff. *pro socio.*

Il Voet. in *Pandectas* lib. 10 tit. 2. com. divid. insegna, che l'azione *communi dividundo* è mista, *duplex bonae fidei*, qua rem titulo particulari communem habentes, petam eam dividi, et praestari praestationes personales.

E nel tit. 3. del lib. 10 *Petitur hac actione, ut fiat rerum ex honesta causa communium divisio, cum rei turpis nulla societas, communio nulla sit.*

Nel lib. 17 tit. 2. *pro socio* n. 2. poi

casi si esprime. *Ut tamen non omnis rerum inter plures communio societatem pariat. Nam ut sit pro socio actio societatem intercedere oportet, adeoque conventionem ac voluntatem sociorum, unde societas voluntarium consortium appellatur. L. cum duobus 52 ff. idem Papinianus 8. ff. h. tit. Nec sufficit rem esse communem dum communiter res agi potest etiam ultra societatem, ut puta cum non affectione incidimus in communionem; quod evenit in re duobus legata.*

Il Brunemanno nelle Pandette lib. 17 tit. 2. pro socio n. 4. parlando de' beni che compongono le società così dice. *Non omnium bonorum est vel certae universitatis, qualis est inter fratres in communionem manentes. Si aliunde quid adquirent, sibi adquireunt. L. si duobus 52. Papinian. hoc tit.*

Il Cujacio nel vol. 7. tit. 3. *communi dividundo* sul lib. 10. del digesto nei seguenti termini esprime la differenza tra l'azione *communi dividundo*, et *pro socio*. *Actio communi dividundo est quasi ex contractu, pro socio est ex contractu: communi dividundo est mixta, id est in rem et in personam; pro socio est in personam tantum . . . sic actio pro socio magis pertinet, id est mere personalis est: communi dividundo datur principaliter ad rerum communium divisionem.*

E nel vol. 10. lib. 4. tit. 37. *pro socio*, così si esprime, differenziando i caratteri delle società con quelli della comunione. *Sed dixi per societatem constitui communionem. Societas non communio, sicut retro communio non est societas; cum possit esse communio citra societatem ut si duobus eadem res sit legata*

conjunctim eorum est citra societatis contractum, cum de eo nihil egerint inter se, ut in ea re socii et collegae essent. L. ut sit et sup. ff. eod.

Ma valga per tutti l'autorità dello stesso Sig. Carrillo, il di cui nome si è abusivamente dalle attrici improntato in sostegno delle loro strane ed illegali pretese.

In vero questo sommo Giureconsulto nei suoi commentari sulla prima parte del cod. tom. 5. tit. X. pag. 423, si esprime così » L'oggetto del contratto di società è quello di ritrarre un lucro con mettere in comunione le cose o le opere; onde un tal disegno fa distinguere la società dalla semplice comunione de' beni, la quale secondo il dritto romano era un quasi contratto che nasceva senza convenzione, e per accidente; e nelle nuove leggi, con cui ristretti i quasi contratti si sono, è semplicemente un fatto produttivo di obbligo legale senza convenzione. Mancando il disegno, o come disse Ulpiano *l'affezione della società*, non vi ha che comunione, siccome avviene in una eredità o in un legato indiviso, o fra i compatroni di due edifizii di cui il muro o altro sia comune. E se due comprano una casa insieme, non ostante che l'acquisto non sia casuale, ma volontario, avvi comunione, non già società: perchè il consenso delle parti fu nell'acquisto, non già nel disegno di ritrarre un comun lucro per mezzo della comunione della cosa, siccome disputa il suddetto Giureconsulto.

Riconobbe dunque il sommo Giureconsulto Carrillo che la comunione è ben diversa della

società, che la comunione crea degli obblighi nascenti dal fatto indipendentemente dalla volontà dell' agente, ma che traggono origine dall' autorità della legge, la quale obbliga colui che si è arricchito a danno altrui, mediante alcun fatto lecito, od illecito d' indennizzarlo della cosa di cui si è avvantaggiato, o di restituir la cosa che si è ottenuta senza intenzione di gratificarla; conobbe in fine che l' estensione ed i limiti delle obbligazioni che la comunione produce non possono dipendere che dalle cose messe in comune senza estendersi agli altri beni ed agli altri dritti di coloro che si trovano in comunione e che tanto per voto dell' antica che della nuova legge, art. 1794. LL. CC., le regole concernenti la division dell' eredità son comuni alle divisioni tra soci, ma non le regole proprie alla divisione tra soci son comuni alla division dell' eredità, come le attrici sostengono in contradizione delle teorie professate dal dotto Giureconsulto Sig. Carrillo, di cui ne improntano abusivamente il nome.

5. Ma se indipendentemente dalle autorità de' Giureconsulti, degl' interpreti e dei Dottori, vorrem giovarci della fiaccola lumeggiante della giurisprudenza, noi ritroverem ripieni a zeppa gli interminabili volumi dei decisionisti, di giudicati solenni nei quali queste massime sono state consacrate, rispettate, suggellate di decisioni cui la legge attribuisce forza sacra ed inattaccabile di verità.

In fatti trasandando le decisioni riportate nella raccolta della giurisprudenza del Codice Francese, e propriamente le decisioni 46 del vol. 6. 42 del vol. 18, 2. ed 8. del vol. 13, 50 del vol. 14, 122 del vol. 8, 28 del vol. 17,

39 e 55 del vol. 2, 109 del vol. 15, 1. del vol. 9.; 9. del vol. 21., 43, 44, 58. del vol. 22. fia per noi sufficiente il rammentare la sentenza emessa da questo Tribunal Civile sotto il dì 22 Giugno 1823 nella causa tra D. Rosario, D. Vincenzo, ed altri Marini di Cosenza, confermata dalla Gran Corte Civile con decisione de' 16 Gennaio 1824, colle quali rendendosi omaggio alle leggi 52 ff. *pro socio*, 4, ed 8. *si quis alteri vel sibi*, si è consagrato l'alto principio protettor dell'industria personale, che i privati acquisti fatti da uno de' coeredi o dei consorti durante la comunione non debbano far parte della massa dei beni comuni, e che niuno ha dritto a parteciparne fuorchè colui nel di cui nome gli acquisti si son fatti.

Or se la lettera e lo spirito dell'antica o della nuova legge, l'autorità de' dottori, la giurisprudenza costante de' Tribunali uniformemente ci assicurano, che gli acquisti fatti durante la comunione appartengono esclusivamente all'acquirente, con qual dritto le figlie d'Isidoro possono pretendere di attribuire a se i beni acquistati da' loro zii, durante il corso di 60 anni dalla morte del Sig. D. Giuseppe Scorza Seniore, mentre lo stesso di loro padre D. Isidoro non si è sognato mai di avanzare una sì assurda pretesa? I convenuti non osan temerlo dalla somma giustizia del Tribunal Civile di Calabria Citra.

PUO' SUSSISTERE UNA DELEGAZIONE DI DEBITO SENZA L' INTERVENTO DEL CREDITORE DELEGATARIO?

E, COLUI CHE DICESI SUCCEDUTO AL CREDITORE NON INTERVENUTO NELL' ISTRUMENTO DI DELEGAZIONE DI DEBITO, PUO' RAPPRESENTARE DRITTI CONTRO DEL DEBITORE NUOVO SOSTITUITO ALL' ANTICO SENZA IL CONSENSO DEL CREDITORE DELEGATARIO?

Queste ed altre interessanti quistioni ci si sono offerte nella seguente

S P E C I E

1. Nel dì 19 Ottobre 1796 il P. Priore del Convento di Caloreto di Morano in un pubblico istrumento per Notar Vincenzo Bartoletta dichiarò che i suoi antecessori allorchè comprarono dal Reale Albergo de' poveri i beni di detto Monastero si presero a censo bollare D. 6100 da vari individui della città di Napoli, per la qual somma ne pagavano D. 195 annui al monastero di S. Agostino la Zecca di Napoli, e si presero altresì D. 350 anche a censo bollare dal Sig. D. Biagio Antonio Greco di Mormanno col pagamento di 19,25. annui. Si continua a dire nell' assertiva di detto istrumento che il Monastero di Caloreto di Morano non potendo più soffrire il peso del pagamento di tale annualità, previe le dovute formalità, avea deciso di vendere alcuni pezzi di terra di proprietà del Monastero a persona benestante che si addossasse il cennato capitale di D. 4650, e pagare l' annua prestazione. Termina in fine l' istrumento esprimendo la

vendita formale delle terre che si enunciano al detto titolo al Sig. D. Leonardo di Cardone, suoi eredi e successori in perpetuum coll' obbligo di addossarsi l' espressato capitale in D. 6450 quale vada per prezzo e valuta dell' espressate terre nella sopradescritta maniera.

2. In questo istrumento non intervenne alcuno per parte del Monastero di S. Agostino la Zecca di Napoli; niuno stipulò per i vari individui della Città di Napoli che si dissero creditori del censo bollare di D. 6100. ed a niuno venne l'istrumento notificato o denunziato.

3. La famiglia de Cardone nell' 1806 obbligata ad emigrare in Sicilia per l'attaccamento alla Dinastia Regnante, ebbe sequestrati dal Demanio di allora tutt' i beni e tutte le rendite per cui non fu al caso di pagare le annualità convenute per l'acquisto de' beni che più non possedeva, e ritornata nel 1815 non potè mai conseguire dal Demanio istesso la restituzione de' frutti percepiti durante il sequestro che ammontano a D. 22629, 34. fino al 12 Luglio 1826, secondo la ragion fissata col Decreto de' 14 Agosto 1817.

Ciò malgrado con atto del 23 Giugno 1826 i Signori de Cardone furono convenuti in giudizio dal Patrimonio regolare per sentirsi dichiarare rescisso l'istrumento de' 19 Ottobre 1796, senza essersi esibito alcun titolo da cui apparisse di essere stato il patrimonio suddetto surrogato sia al Monastero di Caloreto, sia a quello di S. Agostino la Zecca di Napoli.

1. Chiamati noi a sostenere le difese de' convenuti, abbiamo conchiuso ne' seguenti termini.

Il patrimonio regolare anche quando dimo-

strasse di esser legalmente succeduto al monastero di S. Agostino la Zecca di Napoli, non può mai vantar diritto a pretendere la rescissione del contratto di censo bollare che il monastero rappresentava contro il monastero di Caloreto di Morano, ed a sostenere questa verità ci fia permessa la seguente analisi.

In fatto è costante che l'istrumento di vendita stipulato con De Cardone a 19 Ottobre 1796 fu formato senza che alcuno v' intervenisse per parte del monastero di S. Agostino la Zecca di Napoli. Indubitato è del pari che in quell'istrumento il monastero di Caloreto di Morano non fece che una vendita vera reale ed effettiva a favore della famiglia De Cardone col solo obbligo a costei di pagare il canone di D. 145 annui, dovuti a varii individui della Città di Napoli per conto de' quali li esigeva il monastero di S. Agostino la Zecca.

In fine è costante in fatto che coll'atto introduttivo del giudizio de' 23 Giugno 1826, il Patrimonio regolare dimandava la rescissione del contratto censuale redimibile di D. 6100 che diceva dovuti in forza dello strumento del 19 Ottobre 1796, che tutt'altro contiene fuorchè un contratto di censo redimibile, e nel quale, come si è osservato, nè il monastero di S. Agostino la Zecca intervenne, nè mai al monastero istesso è stato il titolo comunicato.

Ora ammessi questi fatti, per parte del Sig. De Cardone si sottomettono alla saviezza de' Giudici chiamati a decidere della contesa, i seguenti principii legali.

Novazione. Sotto questa voce non s'intende che la estinzione di un antico debito, di un' antica obbligazione, sostituendovisi una nuova.

Veteris obligationis in novam translatio, et confusio. Cujacio paratituli in cod. lib. 8. n. 42. Non potendo sussistere l'idea di novazione quando non rimane estinto l'antico debito, uopo è conchiudere che l'istrumento de' 19 Ottobre 1796 non contiene alcuna novazione, poichè non si è mai detto che rimaneva estinto l'obbligo contratto dal monastero di Caloreto di Morano verso gl'individui della Città di Napoli creditori del censo bollare di D. 6100. Toullier tomo 7. n. 271 dice « Due cose essenziali vogliono essere considerate nella novazione: l'antica obbligazione che si vuole estinguere: la nuova che se le vuole sostituire. D'onde ne siegue che se la prima obbligazione fosse nulla, la nuova resterebbe senza causa, e viceversa se la nuova obbligazione non reggesse; se fosse nulla nel suo principio, l'antica non resterebbe estinta. »

Nel caso in esame essendo indubitato che il monastero di S. Agostino la Zecca di Napoli non intervenne nel contratto de' 19 Ottobre 1796 nè mai tale istrumento gli è stato notificato, a niuno può sorgere l'idea che il monastero avesse potuto acquistiar diritti od obbligazioni da un contratto stipulato alla sua insaputa, e che quindi abbia potuto trasmettere al Patrimonio regolare que' diritti che non avea mai acquistati.

Se la nuova obbligazione non reggesse (ripetiamo con Toullier) l'antica non rimarrebbe estinta, e nel caso in esame non essendosi contratta alcuna obbligazione nuova, il creditore del censo conserva il dritto di esigere l'antica obbligazione dall'antico suo debitore quando esibirà titolo costitutivo del censo bollare, ma non

mai contro la famiglia De Cardone con la quale non ha mai contrattato, e che non conobbe giammai.

2. *Delegazione.* Con questa espressione s'intende quell'atto con cui un debitore per essere liberato dal suo creditore, delega una terza persona che si obbliga verso di questo in sua vece, ovvero verso un'altra persona indicata dal suo creditore medesimo. *Delegare est vice sua alium rerum dare creditori, l. 11 D. de novat;* perlocchè onde potersi dar luogo alla delegazione bisogna che concorressero nell'atto il delegante, il delegato, ed il delegatario che accetta. Per questa ragione nella l. 1. cod. *de novat et delegat* sta detto *delegatio debiti nisi consentienti et stipulanti, promittente debitore jure perfici non potest.*

Nel caso in esame chi si obbligò in favore del monastero di S. Agostino la Zecca? Chi accettò per parte del monastero istesso l'obbligazione del nuovo debitore, se per parte del monastero non intervenne alcuno nel contratto del 19 Ottobre 1796? Come può sussistere l'idea di delegazione se nello strumento non abbiamo che il debitore antico, ed il debitore nuovo senza che alcuno intervenisse pel creditore? Bisognerebbe distruggere la legge, ed i principii consacrati da' più classici autori dell'antico e nuovo diritto per sostenere la contraria teoria. Vedi Domat tom. 3. part. 1. lib. 4. tit. 4., e Pothier trattato delle obbligazioni parte 3. n.¹ 483, e seguenti. Che se a tutto ciò si volesse aggiungere che neppure il monastero di S. Agostino la Zecca era il creditore del censo, ma sibbene un semplice esattore del canone per conto di vari cittadini di Napoli cre-

ditori, si resterà viepiù maggiormente convinto che l'assunto del patrimonio regolare è un paradosso legale che non merita confutazione.

3. *Espromissione.* Con questa voce s' intende un atto con cui taluno prega un creditore di dilazionare la esazione del credito del suo debitore perchè egli si incaricherà di pagar per lui, o di farlo pagare da un altro in sua vece. Questo contratto è una specie di novazione, ed a' termini degli articoli 1228 ll. cc., e 1274 cod. Fran. uniformi alle leggi 1., ed 8. cod. *de novat. et delegat.* può effettuarsi senza il consenso del debitore, da un terzo ai sensi dell' art. 1189 ll. cc. ma non può mai effettuarsi senza il consenso del creditore. De Cardone potea obbligarsi co' creditori del censo di pagare il debito del monastero di Caloreto di Morano, o di farlo pagare ad un suo amico, ed in ambi i casi il debitore detto da' Romani espromissore sarebbe validamente obbligato senza che il primo debitore ne sapesse nulla; ma espromissione senza l' intesa del creditore è un assurdo che non può sussistere nel linguaggio del foro.

4. *Cessione.* È un atto la cui mercè colui che gode di un dritto incorporale lo trasferisce in altri, e questo trasferimento può ben eseguirsi senza l' intesa del debitore. *Cessio, vel nominis venditio, et ignorante, et invito eo adversus quem actio mandatur, contrahit solet*, dice la l. 1. cod. *de novat, et delegat*: Siccome però la vendita del dritto incorporale non potrebbe obbligare il debitore senza il consenso suo verso dell' acquirente, perciò la legge considera il cessionario come un mandatario del cedente, perciò i Giureconsulti Romani lo chiama-

vano procuratore in *rem suam*, perciò finalmente le disposizioni degli articoli 1536. e 1537. ll. cc. in forza de' quali si dispone che il cessionario non acquista diritti contro il debitor ceduto se non dopo la notifica della cessione.

Nel caso in esame non essendo intervenuto nel contratto il creditore del censo, non potea cedere ad altri il suo diritto, ed il debitore per l'istessa ragione non potea cedere alla famiglia De Cardone il suo debita perchè tal cessione prenderebbe il nome di delegazione, la quale, come si è osservato, non può mai sussistere senza l'intervento del creditore che accetta a se il nuovo debitore sostituito all'antico che rimaner dovrebbe liberato.

5. Indicazione. Con questa voce finalmente s'intende in diritto quell'atto la cui mercè o il creditore indica al suo debitore un'altra persona che debba ricevere per lui, o il debitore indica al creditore un'altra persona che debba in vece sua pagare. Questo atto di cui ci offre degli esempi la l. 45. *Dig. mand.*, ed i di cui caratteri si trovano espressi nell'articolo 1231 ll. cc. non costituisce alcun vincolo legale tra l'indicato, l'indicante, ed il creditore o debitore rispettivo; questo atto non costituisce che un contratto che rimane inefficace e nullo finchè la persona indicata non accetta l'incarico; questo atto infine, per servirci della espressione di Toullier, non costituisce che una delegazione imperfetta che non crea alcun titolo di credito in favore del delegatario, perchè è sempre in facoltà del delegante di revocare la delegazione fatta in un atto in cui il delegatario non sia intervenuto, art. 1075. ll. cc. Vedi Toullier tomo 7. n. 286, ed in Sirey

decisione della Corte di Cassazione di Parigi del 22 Aprile 1807.

Or questo appunto è il caso contemplato nello strumento del 19 Ottobre 1796. Il monastero di Caloreto di Morano era debitore del capitale censo di D. 6100. a favore di varî individui di Napoli per conto de' quali esigeva l'annualità il monastero di S. Agostino la Zecca di Napoli. Egli non fece che vendere a De Cardone alcuni fondi, ed in vece d'introitarsi il prezzo, gl'indicò i creditori del censo a cui pagar dovessero le annualità in sua vece. Or poichè i creditori indicati non intervennero all'atto, nè mai accettarono la delegazione imperfetta fattagli dal monastero di Caloreto di Morano, quindi il contratto principiato ma non perfezionato, niun vincolo legale ha mai stabilito tra il creditore indicato, ed il debitore sostituito all'antico, rimanendo la prima nel suo pieno vigore.

Ciò che si è detto per la indicazione colla cessione del debito può avvenire egualmente nella cessione del credito.

La cessione del credito per estinguere un debito si fa in due maniere, O il debitore cede al creditore il nome del suo debitore dandoglielo in pagamento, locchè si chiama dazione, o cessione in *solutum et pro soluto*, o dando il nome del suo debitore in semplice assegnazione, ed indicazione *affin* di pagarsi, locchè si dice dazione, o cessione in *creditum*, come abbiamo dalle ll. 19. D. *de reb. credit.*, 16, 46, 24 e 47 D. *de pignorat. act.* Nel primo caso la proprietà del credito si trasferisce al cessionario il quale non ha solamente l'azione di mandato dal cedente, ma anche l'azione utile nel proprio no-

me, come abbiamo dalla l. 5. cod. *de novat.*, laddove nel secondo caso il credito ceduto per indicazione ed assegnazione rimane di proprietà del cedente, ed il cessionario non è che un suo procuratore ad esigere, detta perciò simile cessione *cessio pro solvendo*, mentre la prima si dice *cessio pro soluto*, vedi Voet sul titolo delle Pandette *de novat. et delegat.* n. 13, e D' Olea *de ces. jur.* titolo 7. quist. 3. n. 2. Vedi ancora Pothier trattato della vendita part. 6. cap. 4. art. 1. n. 551. Per tal motivo le nuove leggi nell' art. 1232 stabiliscono: « I privilegi, e » l' ipoteche dell' antico credito non passano in » quello che gli è sostituito, quando il credito- » re non ne abbia fatta espressa riserba » perchè questo articolo applicabile alle delegazioni, alle cessioni di credito date in pagamento, a quelle fatte *pro solvendo*, ossia per semplice indicazione del nuovo debitore, non trasferiscono al cessionario che nel primo caso i diritti espressi nella delegazione, e nei due ultimi semplice diritto di mandato.

Delvincourt nelle note 330, e 69 art. 7. lib. 3. insegna, che « la semplice indicazione » fatta dal debitore di una persona, che debba » ricevere per lui è un vero mandato revocabile » *ad libitum* giusta la l. 106. D. *de solut.*, » che il debitore indicato non può pagar nep- » pure agli eredi del creditore indicato, perchè » essendo questi un vero mandatario, il manda- » to si estingue colla sua morte, che finalmente » il creditore indicato nella qualità di mandata- » rio non può esercitare altri diritti, meno che » quelli espressamente, e tassativamente compre- » si nel mandato. »

E Toullier tom. 7. n. 286. si esprime così « Si può sostituire un debitore ad un altro » senza il concorso del creditore in favore di cui » si fa la delegazione, e che si può appellare » delegatario. Io ti vendo il fondo Cornelianò » per 10000 franchi colla delegazione di pagar- » li a Tizio al quale son debitore di egual somma. In questo atto non v' ha novazione, ma » semplicemente l'indicazione di una persona che » deve ricevere per me, articolo 1277 (1231). » Una simile delegazione se rimane imperfetta » per difetto di accettazione non istabilisce alcun » vincolo legale tra il creditore indicato per delegatario, ed il debitore delegato, il quale rimane debitore al delegante. Questa imperfetta » delegazione adunque non costituisce alcun titolo di credito in favor del creditore delegatario, il quale non potrebbe censurare i pagamenti fatti al delegante medesimo, o ad altre » persone da esso seguentemente indicate, imperciocchè è sempre in facoltà del delegante di » rivocare la delegazione fatta in un atto in cui » il creditore delegatario non sia intervenuto, » art. 1121 (1075).

Or dietro la esposizione di siffatti principii legali, dietro l'autorità de' più classici Giureconsulti dell'antico e nuovo diritto, chi mai oserrebbe riconoscere nel monastero di S. Agostino la Zecca di Napoli un creditore delegatario, ed in persona del Sig. De Cardone un debitor delegato? E se il monastero di S. Agostino la Zecca non acquistò alcun diritto contro del Sig. De Cardone per effetto dell'istrumento del 19 Ottobre 1796, come mai potea trasmetterne al Patrimonio regolare?

Esaminerà il Tribunale colla sua solita giustizia e saviezza il merito di questi argomenti nel dover pronunziare sull'ammissione, o rigetto della dimanda dell'attore.

QUISTIONE

LA VITA MILIZIA CUI AVEAN DRITTO I SECONDI GENITI NE' FEUDI PER EFFETTO DELLE ANTICHE LEGGI FEUDALI ACCORDAVA LORO DRITTI DI PROPRIETÀ', O SEMPLICI DRITTI DI CREDITO SU DI UNA RATA DE' FRUTTI DE' BENI FEUDALI?

E DOPO ABOLITA LA FEUDALITÀ', NON MENO CHE LE SOSTITUZIONI FEDECOMMESSARIE COLLE LEGGI DE' 2 AGOSTO 1806, E 15 MARZO 1807, I SECONDI-GENITI NE' FEUDI HANNO ACQUISTATO DRITTO DI PROPRIETÀ', O SEMPLICI DRITTI DI CREDITO CONTRO DEL PRIMO-GENITO POSSESSORE DE' BENI FEUDALI, E FEDECOMMESSATI?

Richiesti a dare il nostro parere su queste interessanti quistioni abbiamo opinato, che la vita Milizia consisteva in una semplice prestazione in contante da calcolarsi su i frutti della metà del fondo da dividersi tra tutti i secondi-geniti, e che tanto per le antiche, che per le nuove leggi la vita Milizia costituiva un dritto di credito, non mai di proprietà.

Il nostro ragionamento è il seguente.

§. 1. Consultando le antiche leggi, gli antichi scrittori, che le comentarono, l'antica giurisprudenza, che le ha illustrate, non tarderemo ad assicurarci che la vita milizia non accordava mai ai secondi-geniti dritti di proprietà, ma semplici dritti di credito su di una rata di frutti.

In fatti la vita milizia, dice il dotto Nicantonio Gizzarelli decis. 36. n. 48., consiste in una *congrua prestazione che ogni anno in contante dee pagare il primo-genito successore ne' feudi individui, ai fratelli secondi-geniti, affinchè questi possano vivere con decoro*, ed in ciò differisce dagli alimenti, che si danno solamente per vivere (1).

(1) Ritenuto che il dritto di vita milizia si accordava ai secondi-geniti affinchè *potessero vivere con decoro*, come dice Rovito sulla pram. 25 de feudis: è evidente che il chiamato al godimento del feudo assunse l'obbligazione di dare, e quindi il secondo-genito cui era accordata la vita milizia, ad obbligarlo all'adempimento poteva soltanto avvalersi di un'azione tutta personale *ad rem. obligationum substantia* sta detto nella l. 3. ff. de obligat. et act. non in eo consistit ut aliquod corpus nostrum aut servitutem nostram faciet, sed ut alium nobis obstringat ad dandum aliquid, vel faciendum, vel praestandum.

In vero (sta consagrato nella dotta decisione della Gran Corte Civile delle Calabrie dei 31 Agosto 1835. tra Furguele, Lauro ed altri: ove mai il chiamato al godimento del fedecomesso (o del feudo) dopo contratta quella obbligazione, avesse fatto passar la cosa nelle mani di un terzo a titolo particolare di vendita o di donazione, non si ha mai il diritto di domandarla dal terzo acquirente, ma in ogni caso il debitore non potendo più darla, deve esser condannato a danni ed interessi, art. 1100. 1101. 1106. LL. CC. L. 15. C. de rei vindicat.

E se anche per la prestazione della vita milizia o del vitalizio si fossero assegnate le rendite particolari di un determinato fondo, neppure con ciò si darebbe alcun diritto reale al creditore della vita milizia o del vitalizio per espressa disposizione della l. fundi Ebutiani 38 ff. de usu et usufructu per legatum vel fideicommissum etc.

Un testatore (sta consagrato nella citata decisione

Così ancora Rovito sulla *Præm. 25 de feudo, quae quidem vita et militia est annua praestatio in pecunia, quam primogenitus tenetur dare secundo-genito, durante vita tantum secundi-geniti, non tamen ad illius haeredes transitoria, liquidanda ex fructibus feudi.*

Così *de Afflictis in leg. Imper. §. praeterea ducatus n. 19.* Francesco de Amici. *De his qui feuda dare possunt*, Capicio decis. 911 n. 6., De Rosa *ad cons. neap. consuetudine si moriatur n. 276* e seguenti.

La vita milizia era dovuta ai secondi-geniti capaci di succedere ne' fondi. *Constitut. comitibus*; Non era dovuta ai figli naturali ed ai figli adottivi, nè ai chierici, o a coloro che aveano avuto un legato da quello ai di cui feudi era succeduto il primo-genito. De Franchis decis. 20 *constitut. 120*; cessava colla morte del secondo-genito, nè era trasmissibile ai suoi figli; doveasi per i soli feudi ereditari e misti, e per quelli detti *ex pacto et provvi-*

del 31 Agosto 1835.) avea disposto che la rendita del fondo Ebuziano dall'erede allora minore, si fosse data alla moglie durante la di lei vita: si domandò se poteva il tutore venderlo ed offrire al legatario la quantità annua solita ad esigersi a regola di affitto, ed il Giureconsulto Scevola rispose affermativamente. *Quaesitum est, an possit tutor haeredis fundum vendere, at legatario offerre quantitatem annuam quam vivo patre familias ex locatione fundi redigere consueverat. Respondit posse.* E la ragione ne è rapportata tra gli altri dal celebre Cujacio. *Quia legato redditu fundi, pecuniae tantum redditus vel fructuum corpora pro arbitrio haeredis ei legatae sunt, non usufructus fundi, non servitus, non jus in fundo.*

dentia (1); reclamavasi coll'azione detta *condictio ex lege*, e quantunque dopo la determinazione del re Roberto in causa tra Giannotto e Francesco d'Andria nel capitolo *alienationis actus*, fosse stata considerata come un'azione in *rem scripta*, pur tuttavia non sortiva mai dalla sfera di puro credito. Vedi Rovito sulla citata Pram. 25.

(1) Inutil fora rindar l'origine dei feudi che altri ripetono da' Romani, altri dai Persiani come Giovanni Niclio, ed altri dai Germani, come sembra risultare da Giulio Cesare *Bello gallico* lib. 4. cap. 6. o da Tacito *de moribus Germanorum* cap. 13 e seguenti; certo è che presso i Germani popolo guerriero e bellicoso, colui che per nobiltà o valor guerriero sorpassava gli altri avea l'onore di marciare circondato da un cerchio di giovani commilitoni che si chiamavano *comites* mentre egli era detto *princeps*; che sotto il governo di Ferramondo i Germani impatroniti di una gran parte della Gallia introdussero quivi le stesse loro abitudini e le stesse loro istituzioni; Vedi Marino Guarani *de feudis*; che in fine Clodoveo vinto ed ucciso Alarico re dei Visigoti estese il suo regno fino alle Alpi introducendo così i feudi di Germanica origine in Italia.

A chi non è ignoto il diritto feudale non riusciranno nuovi i nomi di *feudi ereditarij*, *feudi misti*, *feudi detti ex pacto et provvidentia*, *dividui et individui*.

Dicevansi *ereditarij* quei feudi che si trasmettevano agli eredi legittimi espressamente chiamati nell'investitura, ed eran detti altresì *ex pacto et provvidentia* per rapporto al patto nell'investitura apposto, e per la provvidenza del principe concedente ai soli eredi legittimi la trasmissione dei feudi a cui vengono nell'investitura invitati.

Dicevansi *misti* quei feudi nei quali tutti gli eredi potevano essere invitati a conseguire il feudo quando anche non fossero legittimi, e quando ciò fosse stato concesso dalla provvidenza del principe godendo in tal caso di una mista qualità come osserva il De Marinis *resolut. juris* lib. 2. cap. 189.

In fine la vita milizia doveasi calcolare sopra i frutti, e giusta il parere di Francesco di Amici (1) adottato nel foro, la sua liquidazione dovea cadere sopra la metà de' frutti del feudo da dividersi in parti eguali tra tutti i fratelli, non escluso il primo-genito cui dovea restar salva l'altra metà, e tassata una volta nè si accresceva, nè si scemava per l'aumento o diminuzione de' frutti, ma bensì aumentava o diminuiva per la mancanza de' corpi feudali, senza però potersi giammai trasmettere agli eredi di secondo-genito come insegnano de Franchis decis. 61., de Ponte *consultatione* 79. n. 21., Pietro de Gregorio nel suo trattato *de vita militia quaest.* 2.

Giusta l'opinion di Galluppa *de feudis.* part. 3., n. 51 a 53, di Gianvincenzo d'An-

In fine allorchè Federico II., colla costituzione *ut de successionibus* distinse quei che nel regno viveano *jure francorum*, dagli altri che viveano col dritto Longobardo surse la distinzione dei feudi *individui e dividiui*, poichè i feudi per dritto Longobardico non poteano ritenersi che da un solo vassallo il quale dovea avere la qualità di primo-genito fra i discendenti del primo acquirente, mentre per diritto Longobardico molti potevano essere i padroni del feudo in quanto all'utile e comodo che da essi ritraevasi, restando indivisibile la sostanza del feudo. Vedi Jatta sulla costituzione di Federico *ut de succes.* Marino Guarano *de feudis: ed Aloe in Domat* tom. 4. lib. 3. tit. 3. delle successioni feudali.

Or non essendosi esibito alcun titolo d'investitura qual sarà la natura del feudo di casa Ferrantina sul quale D. Achille pretende la vita milizia? E qualunque fosse il carattere del feudo, come pretenderla, se il cherico ed il sacerdote non potea giammai conseguirla?

(1) Nel suo trattato *de hñs qui feudi dare possunt.*

na pag. 200. , di de Ponte consultazione 79., e di tutti gli altri dottori , la vita milizia nei feudi si equiparava al dritto di vitalizio nei fedecommissi, e nell' uno e nell' altro caso il secondo-genito chiamato al godimento della vita milizia o del vitalizio, secondo che trattavasi di feudi o di fedecommissi, non avea più dritto alla successione dei beni feudali fedecommissati in forza della teorica di Socino sulla L. *solemus de condict. et demonstrat.*, adottata nel foro ed approvata dal sommo imperante con dispaccio del 26 Novembre 1774., come oltre gli autori citati insegnano il Peregrino *de fideicom.* n. 9. il Fusario *de substitut quaest.* 480. n. 92 (1).

(1) Nè la vita milizia ne' feudi, nè il vitalizio nei fedecommissi poteano equipararsi alla legittima. In fatti nei feudi provenendo essi *jure maestatis*, la loro successione non seguiva i dettami delle successioni ordinarie, ed ai secondi-geniti doveasi la vita milizia appunto perchè esclusi dalla successione del feudo, come ci assicura Isernia. Ecco perchè giusta la costituzione *comitibus* l'azione competente per conseguire la vita milizia era personale; ecco perchè il Re Roberto nel cap. *alienat. actus*. accorda al vitalizante il dritto di experimentar l'azione per la vita Milizia anche contro il terzo possessore, ma sempre in *fructibus*; ecco perchè questa azione fu detta *condictio ex lege o in rem scripta*, ma sempre personale come ci assicura Donello nel suo trattato *de actionibus* §. 1. n. 9. o Fachineo lib. 2. cap. 60. *controv. juris*.

In quanto ai fedecommissi poi la legittima era dovuta ai fedecommittenti, ma mai ai figli del fedecommissario giusta la nov. 39. cap. 1. perchè altrimenti i fedecommissi si sarebbero estinti alla seconda o terza generazione, mentre ogni fiduciario detraendo pei suoi figli la legittima, i beni sarebbero tosto mancati ed il fedecommissio svanito. Vedi Domat, ed ivi Aloe tom. 5. lib. 5. tit. 3. §. 18. Fabro def. 4. *communis de le-*

Or quale è il titolo da cui trae origine il preteso diritto di vita milizia del Sig. D. Achille? Il feudo su cui ei pretende di esercitarlo è ereditario, misto, o di quei detti *ex pacto et providentia* (1)? Ed essendo egli non solo un chierico, ma un' abate ed un sacerdote, come può mai pretendere diritti di vita milizia in contradizion delle leggi che regolano la successione ai feudi? E se diritto pur glie ne competesse, qual ne sarebbe la misura, quale la liquidazione de' frutti se i feudi di casa Ferrantina non solo si son diminuiti, ma interamente scomparsi (2)?

gat. nota 23. Ad evitare lo smembramento dei beni colla detrazione della legittima anche a favore dei figli del fedecommittente, surse la famosa teorica di Socino, in forza della quale nel nostro regno i figli legittimari ai quali si assegnava un vitalizio aveano la scelta o di chieder la legittima perdendo il vitalizio, o di rinunciare per sempre alla legittima contentandosi del vitalizio, che consisteva semplicemente in una rata di frutti, e che si estingueva colla morte del vitalizante, come ci assicura Aloe in Domat. tom. 4. lib. 3. tit. 5. §. 90. il Regente De Rosa sulle consuetudini napolitane pag. 79. n. 776. Fabro definizione 9. *de inoff. testam.*, e come c' insegnano tutti i dottori dell' antico foro.

(1) Vedi la nota precedente.

(2) Quando anche un fondo certo e determinato si fosse assegnato pel pagamento della vita milizia, quando anche una somma certa si fusse accordata al secondogenito, ciò non costituirebbe che un legato in *re certa* che giusta la L. 1. *com. de legat.* non darebbe dritto ad azion reale, ma semplicemente personale come insegna il Voet sulla legge citata. Ed il Giurconsulto Paolo nella legge 7. ff. *de annuis. legat.* ci assicura che il vitalizio era considerato non come un solo legato, ma come un complesso di altrettanti legati per quanti erano gli anni del godimento, per cui lo stesso Giurcon-

A siffatte inchieste non vi è chi ci risponda, poichè ne' titoli di feudo e d'investitura si sono mai esibiti, nè alcun documento si è prodotto da cui risultasse il preteso diritto di vita milizia del quale se ne chiede l'esperimento, non da quel D. Achille che non si è mai brigato di domandarlo, e che prima lo donò nel 1818 al nipote, poi lo transigè col fratello D. Agostino, e colla cognata D. Gelsomina nel 1825, ma sibbene dalla Sig.^a D. Geltruda che si qualifica di lui chimerica donataria in forza dell'atto degli 8 Giugno 1836.

Ed è curioso il sentire che dalla pretesa donataria si reclamano non solo i diritti della vita milizia, ma i diritti di successione, paradosso respinto da chiunque ha toccata la polve del foro sotto l'impero delle leggi feudali e fedecommissarie in forza della teorica di Socino sopracitata! Molto più strano il vedere che la donataria col suo reclamo richiede la separazione de' fondi, Libonati, Tiberino, e Sarravati, S. Silio, Licastro, Mirandola, Linguadocchè, cioè i più vistosi rimasti al Duca D. Agostino dopo aboliti i feudi ed i fedecommissi, e dopo ripartiti i demani, quasicchè la vita milizia di D. Achille fosse stata già liquidata e quasicchè a lui fossero stati tai fondi assegnati in proprietà, mentre appena gli sarebbe spettata una rata sulla metà dei frutti de' feudi ereditari se non fosse stato sacerdote!

sulto dice che nel primo anno era dovuto *puramente*, mentre per gli anni susseguenti era dovuto *condizionalmente si vivat*.

Or sull'appoggio di voci vuote di senso e bandite dalla nuova legislazione, si ha tuttavia il coraggio di mettere in forse se il reclamo di D.^a Geltruda debba essere accolto o rigettato? Nò la giustizia e la saggezza de' componenti la Gran Corte non si farà sicuramente inporre da voci barbare che ricordano la servitù dei nostri padri, la miseria de' tempi andati, le vicende pur troppo calamitose del regno sotto il regime feudale, o noi osiam sperare ch'essendo il reclamo di proprietà non altro che un abbreviato giudizio di revindica, non potrà mai farsi dritto al reclamo della Signora D. Geltruda, finchè non si dimostrerà che D. Achille, da cui essa pretende d'aver causa avea un dritto certo ed incontrastabile di dominio e di proprietà tassativamente su i fondi da lei reclamati senza alcun diritto, e senza conformarsi alle leggi di rito tutelari della proprietà dei cittadini.

§. 2. Ma se generosi vorremmo ammetter per poco che D. Achille comunque sacerdote avesse diritto alla vita milizia e che i feudi di casa Ferrantina fossero ereditari e misti, o di quelli detti *ex pacto et providentia*, neppure D. Achille e per essa la sua pretesa donataria D. Geltruda potrebbe ritrarre alcun prò in sostegno del reclamo dei 31 Ottobre 1836, poichè non solo le antiche leggi feudali, l'antica ritologia forense, i vieti giudicati del 1820. e 1821. niegano a D. Achille diritto di proprietà per ragion di vita milizia, ma gliel niegano ancora le leggi novelle sotto il di cui impero si è avanzato il reclamo di proprietà per parte della sua pretesa cessionaria D. Geltruda.

In fatti allorchè i feudi erano in vigore il

Re, *jure majestatis* garentiva i livelli ai secondi-geniti per ragion di vita milizia, sul motivo che la feudalità non potea dipendere da atti privati, ma dalla potestà Sovrana, e li garentiva solamente *in fructibus* accordando ai secondi-geniti una semplice azion personale in forza dell' editto Carboniano contenuto nella legge 5 ff. *de agnoscend. et alend.* lib.

Abolita la feudalità colla legge del 2 Agosto 1806, e le sostituzioni fedecommissarie colla legge del 15 Marzo 1807; i livellisti sono stati dichiarati liberi, e comunque essi su i beni feudali o fedecommessati esperimentar dovessero unicamente il loro dritto, non altrimenti lo possono che colla qualità di creditori, e coi mezzi che la legge al creditore offre per la soddisfazione de' suoi crediti, art. 1963. e 1964. e seguenti leggi civili.

Ecco perchè la legge provvida e saggia del 15 Marzo 1807 dopo aver definiti i dritti degli eredi fiduciarj nei fedecommissi (che si confondono coi feudi, poichè ognun sa che i feudi *juris francorum* secondo le leggi del regno si regolavano in quanto all' ordine di successione come i maggiorati, ed i fedecommissi primogeniali) nell' art. 6. volendo determinare i dritti dei secondi-geniti, si espresse nei seguenti termini:
 » Dal momento che il fedecommissso sarà sciolto, quegli fra gli ulteriori chiamati non compresi nell' art. 3. in favor dei quali il fedecommissso è gravato di un credito di vitalizio costituito pria della pubblicazione della nuova legge, se vorranno ridurlo in capitale, dovranno farne la domanda fra lo spazio di sei mesi. Nel qual caso il possessore tra il corso

» di due anni dovrà dare a detti creditori vi-
 » talizi o in danaio , o in fondi a sua scelta,
 » pel prezzo del loro vitalizio quindici volte il
 » suo valore annuale se l'età loro è infra i 40
 » anni, ed 8 volte dagli anni 60. in appresso.
 » La disposizion di questo articolo non si esten-
 » de a coloro che hanno professato voti religio-
 » si, o che han preso ordini sacri pei quali si
 » osserveranno le leggi veglianti.

L'articolo della legge del 15 Marzo 1807. sopratrascritto è troppo chiaro per non ammetter luogo ad interpretazioni. Ivi si usa la frase *creditori di un vitalizio*, e l'espressione *creditore* tutt'altro indica che diritto di proprietà; ammenochè il nostro dotto contraddittore non voglia rendere applicabile a' tempi nostri ciò che Sesto Empirico attribuiva all'orator di Bizanzio, il quale interrogato *quomodo se habeat lex Bizantinorum ; ut ego volo , respondit. Vedi Sesto Empirico adversus Mathematicos pagina 61.*

Perchè intanto le voci di condominio han lungamente romoreggiato nel foro e si è riuscito dapprima a sorprendere l'attenzione e la vigilanza de' magistrati, facendo lor conoscere che il diritto di vita milizia e di vitalizio come sostituiti alla legittima , dovessero seguir le orme della madre che gli avea generati , o del dritto primordiale cui erano stati surrogati, ci fia lecito penetrare lo spirito delle leggi del 2. Agosto 1806 e 15 Marzo 1807 , consultare l'autorità de' dottori dell'antico, e del nuovo diritto, l'interpretazione dei forensi , la giurisprudenza de' tribunali, e troveremo che momentaneo e vacillante fu l'impero dell'errore e che sostituito im-

mantinenti quello della verità e della ragione si è dappertutto e costantemente riconosciuto il principio sacro, che i secondi-geniti e nei feudi e nei fedecommiessi, dopo aboliti gli uni e gli altri, non altro che un dritto di credito possono sperimentare, essendosi al primo-genito accordata la facoltà, non imposto l'obbligo di dargliene il capitale o in denaro o in fondi risultanti dal multiplo dell' annua prestazione per quindici volte se la sua età era infra i 40. anni, dieci volte da 40 a 60, ed otto da 60 in appresso, semprechè però il creditore del vitalizio e della vita milizia ne avesse fatta la dimanda fra il termine di sei mesi dal dì della pubblicazione della legge enunciata.

Se egli è vero che non si può bene interpretare le leggi senza il sussidio dell'istoria (1) senza consultarne i motivi, si cerchi nelle une e negli altri la ragione, l'occasione, e l'ufficio delle leggi de' 2, Agosto 1806, e de' 15. Marzo 1807, e si troverà che il bisogno dell'età nuova proclamato da' voti dell'antica, e dichiarato dai principî di quella scienza economica di cui l'Italia fu omai sempre maestra, era quello di svincolare le proprietà di gravi ceppi che ne rendean difficili le transizioni, di dare i beni al

(1) *Bisogna illustrare la storia colle leggi, e le leggi colla storia*, dicea il dotto Montesquieu, *Spirito delle leggi*. Lo studio delle leggi non dee confondersi come spessissimo avviene, colla pratica, poichè bene spesso nei secoli di barbarie, l'ignoranza, la credulità, la superstizione impediscono di distinguere il vero del falso. La sola storia filosofica del dritto, facendoci conoscere il genio dei popoli, ci potrà far penetrare lo spirito delle loro istituzioni.

commercio, di prosperar l'industria, di eguagliar meglio le sorti fino allora diverse degli uomini, de' quali parte era chiamata a fruire dell' intiero retaggio dei suoi maggiori senza saperne il perchè, e parte dannata a vivere schiava del germano col quale avea comune l'origine, il sangue, i natali, il cognome.

Nel 1807, sorgeva fra noi uno stato nuovo che di nuovi elementi voleasi comporre, e quindi era d'uopo careggiar la moltitudine, e locupletare i popoli, alla miseria de' quali insultava l'opulenza di pochi. I libri del Filangieri, del Genovesi, del Delfico, del Proggia avean precedute le armi di Francia; e le leggi di ammortizzazione aveano abbassato l'orgoglio de' feudatari, e da una pubblica calamità qual si fu l'invasione straniera, surse rigoglioso l'edificio di quelle due de' 2. Agosto 1806, e 15. Marzo 1807.

Molte mire eran rivolte al tempo avvenire, molto a sperare, ma tutto fu spento; e perchè i diritti già verificati non fossero lesi con evidente iniquità, nessun ritegno si valse ad opporre alla esecuzione prontissima di quelle leggi.

Fra questi diritti eran precipui quelli dei secondi-geniti pei maggiorati nei beni feudali, o fedecommissati, ma senza porsi mente all'origine dell' istituzione di essi (giacchè trattavasi di leggi di diritto pubblico, non già di leggi civili) eguagliando quelli che venivano dalla legge a quelli che venivano dalle istituzioni, fu detto con parole ferme che ai creditori vitalizianti, in favor de' quali i fedecommissi erano gravati fosse concesso il chiedere la riduzione del vitalizio in capitale, e che il gravato fosse nel-

l'obbligo di darglielo o in danaro od in fondi, purchè tal domanda si fosse fatta fra lo spazio di sei mesi dal dì della pubblicazione della legge medesima.

Così il genio della forza e del bisogno operando presto e con mano ferma e severa riusciva a toglier via ogni ostacolo e ratto!

Così dopo sei mesi dal dì della pubblicazione della legge de' 15. Marzo 1807. riguardandosi la proprietà come un bisogno della colleganza sociale, o dopo sei mesi fu ripartita in molte mani fregate dall'industria, fonte di pubblica di universale e non di privata ricchezza, o consolidata nelle mani del solo primo genito, senza vincoli restituiti al commercio, col solo obbligo di continuar la prestazione ai secondogeniti vita loro durante!

Ecco lo spirito di quelle due leggi salutari che ci restituirono a novella vita, facendoci obbliare la servitù primiera; ecco i motivi che le dettarono ed ecco il fonte di ogni retta interpretazione per parte de' forensi, e dei dottori chiamati a svilupparle, e per parte de' magistrati cui è imposto il sacro dovere di farne l'applicazione.

§. 3. La giurisprudenza, ci fia forza di confessarlo, si è allontanata talora dal retto sentiero facendosi imporre da viete teorie e da principj che puzzavano della barbara origine dei tempi che li vide nascere, ma l'errore fu ben presto scoperto, ben presto dovè cedere il suo posto ai principj più sani di pubblico e di privato diritto, e la verità è risorta trionfante, guida costante e sicura della giurisprudenza di tutti i Tribunali, come ce ne fan pruova gli arresti seguenti.

1. La Corte Suprema di giustizia nella causa tra Ceva Grimaldi e Lombardi de' 17 Agosto 1819 ha consagrato il principio, che la vita milizia non esce dalla sfera di puro credito. Il ragionamento del ricorrente adottato dalla Corte Suprema è il seguente.

» I secondi-geniti avean diritto di vita milizia nei feudi, ma non vi è legge che tal diritto l'elevi a condominio. La vita milizia è un diritto *sui generis*, che non esce però dalla sfera di puro credito. Lo stesso in vero non è paraggo, quantunque ha una assimilazione per riflesso che è un peso del feudo, non legittima, la quale consiste in quota di beni, sebbene si avvicina a quella per esser la legge che accorda il dritto, ma non sopra li fondi, bensì sopra li frutti, e non è diritto di alimenti, che la legge accorda ai figli per non essere totalmente esclusi dal patrimonio paterno, nel mentre offre l'aspetto di esser di tal natura, poichè serve ad alimentare i secondi-geniti. Per quanto si volesse avvicinare alle tre citate specie di diritti, differisce assai nel fondo, e nello sperimento dello stesso. Pel paraggo è la legge che apertamente in mancanza de' frutti permette addentarsi la proprietà dei feudi e sostituzione. La legittimità che nasce dalla confusione delle persone fra padre e figli, porta confusione di diritto dominicale sulla sostanza paterna come è per gli alimenti dovuti ai figli.

» La vita milizia che si restringe ad un beneficio personale, in modo che non si manda agli eredi si limita ai frutti: sugli stessi grava e non estende la sua forza al di là dei

» frutti, la proprietà però resta intangibile, Giz-
» zarelli decis. 36 n. 48 e seguenti.

» In vero se nell' esistenza de' feudi fossero
» mancati li frutti per qualunque causa, non
» avrebbero avuto i livellisti diritto di adden-
» tare la proprietà.

» La legge altra azione ai secondi-geniti non
» comparte che la condizione *ex lege*, accor-
» data la prima volta da Roberto nella causa
» Giannotti, e Francesco d' Andrea cap. *aliena-*
» *tionis actus*, o in altri termini comparte lo-
» ro l' azione *in rem scripta*, specie della con-
» dizione *ex lege*.

» E se si vedè presso qualche autore che
» un tal dritto i livellisti possono chiederlo col-
» l' azione ereditaria si marchi che tale azione
» si accorda per dimandare la tangente del prez-
» zo di quel feudo che mai il padre del livel-
» lista acquistò (Rovito in pram. 25. n. 45.
» *De feudis.*) non già l' appannaggio ne' feu-
» di antichi provenienti da donazione.

» La natura poi della condizione *ex lege*
» si sa che è quella di essere un' azione mera-
» mente personale, come è quella in *rem scri-*
» *pta*, variando solo nella causa, poichè la pri-
» ma dipende sempre da un fatto personale, e
» l' altra proviene per occasione della cosa che
» il pretore accomodava in termini generali ed
» indistintamente senza designazione di persona
» aliena. Ma l' occasione che dà la cosa allo
» sviluppo dell' azione *in rem scripta* non sembra,
» dice Donello, la stessa in quella di azione in *rem*
» perchè questa ha la causa nel dominio, condi-
» zione che manca nell' azione *in rem scripta*,
» Donello lib. 6. p. 4. e 13. §. 7.

De Rose scrisse nel proposito *et licet paragium sit onus feudi non propter ea actione reale erit feudum affectum, sed tantum actione personali in rem scripta. Exemplo vitae militiae nam et si per cap. regis Roberti incipiens alienationis actus datur actio contra tertium possessorem pro consecutione illius, feudum tamen non est affectum actione reali sed solum actione personali in feudum tamen scripta, potest agere secundogenitus contra feudi possessorem. Quid quid, in contrarium scripsit Mirad. decis. 10. ex dict: cap. alienat. actus . . . nam haec opinatio non est vera, quia actio realis illa dicitur quae super certa tantum re datur . . . actio personalis in rem scripta est illa quae datur contra tertium possessorem ratione rei possessae, et pro vita militiae non datur super feudo, sed solum datur actio contra possessorem ratione feudi, ergo non datur actio realis, sed actio personalis in rem scripta. De Rosa ad cons. Napol. in cons. si mor. §. ibi pag. 79. n. 276. e reg.*

Dimostrato sorge dalle premesse che il diritto dei livellisti non è che un credito esperibile coll' azione personale, non già un condominio.

2. La stessa Corte Suprema nella causa tra la Contessa di Conza, ed i minori Mirelli con arresto de' 17 Agosto 1812 si espresse ne' seguenti termini.

» Considerando che nella decisione della
» Corte di appello di Napoli nel giudicato di
» collocazione sul prezzo dell' *ex feudo* di S. A.
» gostino fu un aggiudicazione di beni creduti

» burgensatici e che quella Corte aggregò alla
 » massa dei beni già feudali. Di questa parte
 » di decisione non vi è ricorso e perciò la Cor-
 » te Suprema di giustizia non ha creduto di oc-
 » cuparsene.

» Considerando sull' indole del vitalizio ri-
 » chiesto dal minore D. Luigi Mirabelli figlio
 » ed erede del Cav. D. Saverio che le quindi-
 » ci annate di tre vitalizi che il defunto D. Sa-
 » verio godeva erano compensativi non meno
 » della vita milizia sulli beni *ex feudali*, che
 » della legittima sulli beni burgensatici, e ciò
 » ai termini dell' art. 3. del decreto de' 6. A-
 » gosto 1810. ove si parla dell' appannaggio com-
 » pensativo e si distinguono i periodi da poter-
 » si chiedere il cumolo delle quindici annate per
 » ridurre l' uno e l' altro appannaggio in capi-
 » tale. Considerando che il cumolo succennato
 » del vitalizio compensativo gode dell' ipoteca sul-
 » li beni *ex feudali*, e su quelli burgensatici,
 » per la legittima. Ed è erronea la massima
 » della decisione della Corte di appello che la
 » affettazione de' vitalizi sia un' azione domeni-
 » cale, e non già di diritto ipotecario, come pu-
 » re erronea è l' altra massima dell' azione dome-
 » nicale per la legittima ovvero nelle specie pre-
 » senti per lo vitalizio compensativo. Quindi er-
 » ronee sono le conseguenze di non esservi me-
 » stieri d' iscrizione ipotecaria di maniera alcu-
 » na tanto sopra dei beni *ex feudali* che sopra
 » i burgensatici.

» Considerando che in ordine all' iscrizione
 » ipotecaria già presa del defunto cav. D. Sa-
 » verio per dieci sole annate e non per 15. la
 » succennata Corte di appello nell' istesso fonda-

» mento di essere il vitalizio un'azione domini-
 » cale ha creduto erroneamente di essere conser-
 » vata equipollentemente tutta la ipoteca an-
 » che nella ipotesi di esservi bisogno d' iscri-
 » zione. L' articolo 2148, n. 4. del codice ci-
 » vile prescrive la necessità d' iscriversi la quan-
 » tità del credito ipotecario che voglia conser-
 » varsi. In quell' art. vi sono altre formalità da
 » eseguirsi nell' iscrizione e che non sono di essenza,
 » e quindi non soggette a pena di nullità: ma la
 » quantità del credito da esprimersi è una del-
 » le formalità essenziali dirette alla pubblicità
 » delle ipoteche, e perciò la iscrizione per quan-
 » tità minore pregiudica l' iscrivente, per la ra-
 » gione appunto di non doversi rendere inganno
 » agli altri contraenti collo stesso debitore, e che
 » in caso di espropria forzata il creditore iscrit-
 » to debba essere considerato per la sola quan-
 » tità da lui scritta.

» Considerando che i vitalizi compensativi
 » in parte della vita milizia, ed in parte della
 » legittima erano necessariamente divisibili per
 » rata sopra gli altri feudi, e sopra gli altri be-
 » ni burgensatici e non già sul solo *ex feudo*
 » S. Antonio, deriva ciò non solamente dalle
 » antiche leggi feudali, ma anche dal succen-
 » nato decreto del 16 Agosto 1810 ove si pre-
 » scrive che le diminuzioni dell' *ex feudo* pro-
 » ducono una diminuzione proporzionata del vi-
 » talizio. Onde per questa parte la decisione del-
 » la Corte d' appello ha violato le leggi suddet-
 » te. Per siffatte considerazioni la Corte supre-
 » ma annulla soltanto le due parti della deci-
 » sione cioè quella che concerne il credito vi-
 » talizio del secondo-genito, e l' altra con cui

» ha riserbato le ragioni della Real Cassa di
 » Ammortizzazione ad altro giudizio, obbligando
 » do intanto i creditori a cauzione e di rigettarsi
 » il ricorso.

3. In fine la Corte suprema di giustizia con arresto de' 25. Aprile 1837. pronunziando in grado di ricorso avverso la decisione resa dalla Gran Corte delle Calabrie a' 31. Agosto 1835. nella causa tra Furguele, Carratelli, e Lauro stabilì il principio che la prestazione vitalizia di cui nel termine di sei mesi non si è dimostrata la riduzione in capitale costituisce non un diritto di proprietà, ma un diritto privilegiato di credito.

4. E la Gran Corte Civile di Catanzaro con decisione de' 31. Agosto 1835. nella causa tra Furguele e Lauro di Amantea si espresse ne' seguenti termini.

» Attesoché senza deviare dai principî di sopra
 » pra esposti e ritenuto ciò che vedesi conseguire
 » to in diversi arresti dalla nostra Corte suprema
 » ma di giustizia, cioè che la legge eversiva dei
 » fedecommessi del 15 Marzo 1807. contenghi
 » un divieto rotondo di riguardarsi più i vitalizi
 » zî annui de' quali tanti sono i legati, quanti
 » le annualità essendo stati da quella legge permutati
 » in proprietà. E ritenuta ancora che
 » con quella legge si volle attribuire agli ultimi
 » chiamati compresi nell' articolo. 3.
 » un diritto di proprietà o in danaro, o in fondo
 » di preferibile a qualunque creditore del gravato
 » anche a titolo di condominio; fa d' uopo
 » ora procedere alla disamina, se D. Francesco
 » riguardato come livellista di casa Lauro possa
 » invocare il beneficio di detta legge, ovvero
 » no ne sia rimasto decaduto.

» Attesochè colla riputata legge art. 6. fu tra
 » l'altro prescritto che ove mai l'ulteriore chia-
 » mato, in favor del quale il fedecompresso era
 » gravato di un reddito vitalizio avesse brama-
 » to ridurlo in capitale dovea fare la diman-
 » da tra lo spazio di sei mesi nel quale caso il
 » possessore tra il corso di due anni era nell'
 » obbligo di dargliene il capitale o in danaro,
 » o in fondi risultanti dal multiplo dell' annua
 » prestazione per quindici volte se la sua età
 » era infra i 40 anni, e 10 volte da 40 a 60
 » in appresso.

» Attesochè inoltre volendo D. Gennaro di
 » Lauro prevalersi del beneficio della menziona-
 » ta legge, avrebbe dovuto a contare dalla sua
 » pubblicazione farne la domanda. Egli però e-
 » ra nel caso d'impedimento previsto dalla leg-
 » ge de' 15. Ottobre 1815, e quindi a contar
 » da quest'epoca gli vennero conceduti otto me-
 » si di tempo a farla, i quali termini vennero
 » a scadere a tutto Giugno dell'anno 1816. At-
 » tesochè in diritto oltre al principio generale
 » che le leggi di eccezione sieno di stretta in-
 » terpetrazione e non estensibili da caso a caso
 » leg. 14. ff. *de legib.* vi concorra l'altra teo-
 » ria che quando la legge fissa un termine di
 » rigore non è dato al magistrato abbreviarlo,
 » ed allungarlo se non nel caso che la legge stes-
 » sa ne lo autorizzasse l. 1. *quod ita cod. de*
 » *dilation.*

5. La Gran Corte Civile di Catanzaro nella causa della graduazione di Scalea con decisione de' 29 Dicembre 1834. sulla quistione 13 relativa al preteso diritto di condominio de' secondi-geniti si esprime nei seguenti termini.

» Considerando nel diritto che la voce di con-
 » dominio che si è fatta cou molto impegno ro-
 » moreggiare soprattutto con le ultime difese in
 » appello viene a dissiparsi al semplice aspetto
 » de' titoli medesimi dai quali si crede far tra-
 » scendere il vantato dominio per causa di le-
 » gittima vita milizia o livello, dei quali diritti
 » si crede tuttavia un rappresentante sul credito
 » transatto: ed inoltre la idea speciosa di con-
 » dominio incontra l'ostacolo insuperabile della
 » legge e del proprio fatto di colui che preten-
 » de farne sperimento nell'attuale giudizio di
 » ordine, ed eccone la dimostrazione sulla base
 » dei premessi fatti. Poichè niuno ignora la dif-
 » ferenza che passa tra il diritto di dominio e
 » quello di credito, che non possono, nè debbo-
 » no fra loro confondersi mentre il primo si e-
 » sercita direttamente sugli immobili, e su i ce-
 » spiti del comune retaggio sia in totalità, sia
 » per quota ed è esposto a tutte le vicissitudi-
 » ni della proprietà, venendo del tutto a cessa-
 » re subito che questa proprietà mancasse: il se-
 » condo d'altronde si limita ad un'azione per
 » conseguire una somma in danaro, e lungi dal-
 » l'essere soggetto all'eventualità si conserva con-
 » tra il debitore a traverso di qualunque disa-
 » stro divastazione o rovina che colpisse i beni
 » di esso Luigi che ne è il proprietario.

» Poichè da questo principio incontrastabile
 » risulta che i coeredi, i legittimari le paragi-
 » ste abbiano un dritto di condominio fintanto-
 » chè conservino il loro diritto originario: ma
 » dopo che abbiano essi liquidato in danaro la
 » quota ereditaria, la legittima, il paraggio sia
 » per una convenzione tra i coeredi sia per la

» accettazione di un testamento, ed il diritto o-
 » riginario sulla cosa siasi convertito in un di-
 » ritto ad avere una somma determinata esigi-
 » bile in contante e produttiva di annuo inte-
 » resse convenuto in pendenza del pagamento del
 » capitale, questo diritto non è più diritto di
 » dominio ma diritto di credito, nè è più sogget-
 » to alle leggi che riguardano i crediti.

» Poichè quando il coerede abbia alienato il
 » suo diritto domenicale e ne abbia ottenuto in
 » prezzo una somma di denaro, la quale eredi-
 » taria non è più tra i beni del coerede che l'
 » ha già ceduta, e dal momento stesso della ces-
 » sione il diritto di dominio si è commutato in
 » un diritto di credito, e tutto il pericolo, o il
 » comodo, o l'aumento e detrimento delle cose
 » rimane al solo erede che ritiene l'intero do-
 » minio dei beni ereditari costituendosi debitore
 » di una somma certa. Nè potrebbe mai imma-
 » ginarsi che l'alienante anche dopo l'alienazio-
 » ne rimanga tuttavia proprietario della cosa
 » alienata in vece di essere soltanto creditore del
 » prezzo contro la disposizione dell'art. 1428.
 » Il. cc. E come potrebbe egli avere più drit-
 » to domenicale, senza più avere facoltà di di-
 » sporre, nè possesso, nè amministrazione, nè
 » percezione di prodotti che sono gli elementi
 » costitutivi del dominio?

6. La Gran Corte Civile delle Calabrie nella graduatoria di Francesco principe di Casolito con decisione degli 11 Giugno 1834. accordò al secondo-genito avente un diritto di vita milizia nei beni feudali, ed un diritto di vitalizio su i beni fedecommissati, un privilegio al capitale dei livelli perchè il secondo-genito avea chiesta ed

ottenuta la liquidazione di un capitale corrispondente ai suoi livelli vitalizii nel termine di sei mesi prescritti dalla legge de' 15 Marzo 1807 e la Corte Suprema di giustizia facendo plauso a tal decisione, rigettò il ricorso con arresto degli 11 Giugno 1836.

È interessante però il rimarcare che quella decisione accordato avea come accessione e nello stesso rango privilegiato le annualità del livello tutte, cioè un' antico residuo, più un secondo arretrato dal 1803 in fino al giorno della chiusura del verbale. Ritenne la Corte Suprema che il principio stabilito dall' art. 2045. ll. cc. fosse applicabile egualmente agli ipotecari semplici, ed ai privilegiati, che tranne il caso del privilegio del venditore, per ogni altro credito privilegiato sottoposto alla formalità della iscrizione, le sole due annate oltre la corrente potessero essere collocate nel grado istesso del capitale, ciò per argomento dell' art. 1999. leggi civili.

Quindi ritenne violato l' art. 2045. ll. cc. ed annullò per quella parte sola la decisione.

Dello stesso modo l' art. 6. della legge de' 15 Marzo 1807 è stato interpretato dalla Corte suprema di giustizia con arresto del 15 Agosto 1817 e dalla Gran Corte Civile di Napoli con decisione del dì 31. gennaio 1825: nella causa tra Montoliveto, Bovalino, de Sangro e Cappelli.

7. La Gran Corte Civile di Napoli nella causa tra Mascia, Occone, Barretta e Ricciuti con decisione de' 17 Marzo 1828 ha stabilito la seguente massima » Finchè un coerede, un legittimario, una paragista, conservano un diritto di dominio, l' evento favorevole o avver-

» so di cespiti ereditari sarà tutto nel loro
 » interesse ; ma non avranno un diritto di cre-
 » dito. Dappoichè sia per una convenzione tra
 » coeredi, sia per l'accettazione di un testamen-
 » to che abbia liquidato in danaro la quota, la
 » legittima, la dote , il diritto originario sulla
 » cosa si sia convertito in un diritto ad una
 » somma determinata di denaro , questo diritto
 » non è più che un diritto di credito , e come
 » tale non è più soggetto che alle leggi su' cre-
 » diti, e quindi all'obbligo della iscrizione.

» Dal momento che il diritto del dominio è
 » commutato in un diritto di credito , ogni e-
 » vento riguarda il solo erede, il quale da una
 » parte ritiene egli per intero il dominio delle
 » cose ereditarie e d'altra parte si costituisce de-
 » bitore di una somma certa. La quota eredi-
 » taria non è più tra beni del coerede che l'ab-
 » bia ceduto per un prezzo stabilito. Il coerede
 » ha alienato il suo diritto dominicale, e ne ha
 » ottenuto in prezzo una somma in danaro.

» Se tutto ciò non costituisce un cambiamen-
 » to di diritto , dovrà dirsi che ogni alienante,
 » anche dopo l'alienazione, rimane egli tuttavia
 » proprietario delle cose alienate, e non è invece
 » il creditore del prezzo contro la disposizio-
 » ne testuale dell'articolo 1428. delle ll. cc.
 » Vedi Agresti tom. 2. pagina 135. e seguenti
 » sulla questione 5.

8. La stessa Gran Corte Civile di Napoli
 nella causa tra Fusco, e Rigo Marchese ed altri
 con decisione de' 9 Agosto 1833. ha consagrato
 la seguente massima » Il coerede che aliena la
 » sua quota per un prezzo determinato è un
 » venditore. Con questo carattere ha l'obbligo

» di rendere pubblico il suo credito iscrivendo-
 » lo o trascrivendolo, e gode ancora di un pri-
 » vilegio anche più esteso per effetto della di-
 » sposizione dell' art. 1995.

» Può avvenire talora come nella quistion
 » proposta che un erede cede ad un' altro erede
 » la sua quota per un prezzo di cui resti cre-
 » ditore. Evidentemente in ciascuno di questi
 » casi un erede sia per legge, sia per patto che
 » si equipara per gli effetti alla legge, art. 1088,
 » avrà un diritto di credito contro un altro coe-
 » rede; ed un tal credito avrà per causa unica
 » un primitivo diritto di condominio su' beni
 » ereditari in origine comuni, ma è soggetto ad
 » iscrizione art. 1995. e 1999. Così con un
 » principio stabilito ed uniforme, la legge non
 » obbliga i terzi a consultare i titoli del domi-
 » nio del debitore, cura che incepperebbe le con-
 » trattazioni e che non riesce sempre di prati-
 » care; salvo il privilegio, non vuole che si ten-
 » ghi più conto dell' indole del diritto origi-
 » nario del coerede: trasmutato questo diritto
 » in una ragione di credito viene sottoposto all'
 » adempimento dell' obbligo generale della con-
 » servazione anche privilegiata, senza riguardarsi
 » la sua origine. Vedi Agresti vol. 5 pag. 316
 » e seguenti sulla terza quistione.

6. Finalmente nella causa tra Barone e
 Lampaglione la Gran Corte Civile di Napoli con
 decisione de' 20 Gennaio 1834 ha consagrato il
 seguente principio » fino alla liquidazione della
 » sua dote in danaro, la paragista vantava un
 » diritto molto più eminente su i beni anche
 « alienati o ipotecati. Dalla liquidazione in poi
 » cessando il suo diritto di condominio, ma vi
 » era sostituito il diritto di credito.

» E più appresso. *Quindi la paragista fin-*
 » *chè conservi intatto il diritto di condominio*
 » comune ad ogni coerede, ad ogni legitimario,
 » e da cui non è stata ella mai esclusa, potrà,
 » come ogni altro condomino agire anche con-
 » tro i terzi possessori, ed avrà anche maggior-
 » mente un diritto di preminenza a fronte di o-
 » gni altro creditore anche iscritto; però sempre
 » che per volontà propria abbia commutato il
 » suo diritto *originario in diritto di credito*,
 » nella sua nuova qualità di creditrice non po-
 » trà sottrarsi ad un'obbligo imposto oggi indi-
 » stintamente a tutti i creditori nuovi o antichi.

Per ultimo nella stessa decisione si conchiu-
 de » piaccia sublimare la paragista al più ele-
 » vato grado di diritto dominicale: non avrà mai
 » diritti più estesi dell'erede maschio, o anche
 » della donna erede sotto le leggi attuali. I coe-
 » redi appunto non iscritti in tempo utile per i
 » loro crediti privilegiati in ragione del dritto
 » primitivo di dominio sono vinti dai creditori
 » iscritti dell'erede debitore. Vedi Agresti tom.
 » 6 pag. 150 e seguenti.

Ed in proposito delle paragiste fia utile av-
 vertire, che il loro dritto non può mai assimi-
 larsi al dritto di vitalizio, che le leggi del
 Regno accordavano ai secondogeniti ne' beni fede-
 commessati, nè al dritto di vita milizia, che si
 accordava ai secondogeniti ne' feudi: 1.^o Perchè
 le femine escluse dalla successione in concorso
 de' maschi, per effetto della costituzione *in ali-*
quibus, ed in forza della consuetudine *si mo-*
riatur ottennero il paraggio in proprietà ed usu-
 frutto, per poter sostenere il peso del matrimo-
 nio, e la somma, o i beni che loro si accor-

davano a questo titolo erano non solo trasmissibili ai di loro eredi, ma desse potevano inoltre liberamente disporne a lor talento dopo lo scioglimento del matrimonio.

Per l'opposto il vitalizio ne' fedecommissi, e la vita milizia ne' feudi consisteva in una congrua prestazione annuale, che si pagava ai secondogeniti a titolo di alimenti per poter vivere con decoro, come insegnano il Gizzarelli, il Rovito, il de Afflictis ne' luoghi di sopra citati, e non solo non era trasmissibile, ma cessava colla loro morte. 2.^o Perchè comunque tanto il paraggio, che la vita milizia, ed il vitalizio traessero egualmente origine dalla legittima, pur tuttavia la paragista potea giustamente dirsi condomina col primogenito del patrimonio paterno, finchè non avesse ottenuto il paraggio attribuitole dalla legge in luogo della successione, della quale veniva a tal condizione esclusa, perchè il suo dritto al paraggio costituisce un'azione reale dacchè la dote l'era dovuta in proprietà, ed in usufrutto, e si sa, che la causa del dominio è perpetua, fino a che la paragista transigendo co' fratelli non avesse convertito il suo dritto in un'azione di credito, come si è ritenuto nella decisione de' 17 Marzo 1828 sopracitata (1).

(1) È pur troppo noto che le azioni cangiano di natura secondo che cangiano i dritti di cui esse servono all'esperimento, ed una volta che il dritto è cangiato, la primitiva azione non può più risorgere.

Così il creditore di un mutuo ha indubitabilmente un'azione personale contro del suo debitore; ma se questi in estinzione del suo debito gli avesse ceduto *in solutum* un

Ma non può dirsi altrettanto del vitaliziante ne' fedecommissi, o del secondo genito, cui era dovuta la vita milizia ne' feudi, perchè la prestazione alimentare loro dovuta costituendo un dritto meramente personale non trasmissibile ad altri, (*quia personae cohaeret, et ad alios non transit* al dir del giureconsulto Paolo) non può mai elevarsi al dritto di proprietà, e di dominio, la cui causa è di sua natura perpetua, e quindi sarebbe strano attribuire il nome di *condominio* a colui, cui non compete che una semplice prestazione alimentare estinguibile colla vita: 3.º Perchè sebbene tanto la vita milizia, che il vitalizio potessero sperimentarsi su tutt' i beni feudali, e fedecommissari anche nelle mani dei terzi possessori in forza dell' azione *in rem scripta*, o dell' altra azione detta *condictio ex lege*, pur tuttavolta ciò non cangia mai la natura del dritto, ch' è sempre personale per rapporto a colui al quale la prestazione è dovuta, e sempre estinguibile colla sua morte. Il vitaliziante potrà bene in forza di tali azioni perseguire i beni del fedecommissario, o del feudo sui quali è esperibile il suo dritto al fine di farsi pagare la prestazione, non mai al fine di rendersene proprietario, perchè tanto l' azione personale *in rem scripta*, che l' altra *condictio ex lege* non sono, che azioni personali. Vedi la l.

fondo l' azione personale si estingue, ed egli divenuto compratore dietro la cessione fattagli non è che un proprietario del fondo istesso avendo un' azione reale che partorisce il dritto di dominio. Vedi Voet sulla l. 68 ff. *ad leg. Falcid.* E Pothier *in pandectas Justinianae eod.*

68 ff. *de lege Falcidiam*, ed ivi Duareno cap. 8, Noodt *de usufructu* lib. 2. cap. 6, la novella 160 di Giust. e l'intero tit. del Dig. *de annuis legatis*. Vedi ancora le Pram. de' 31. Ottobre 1600, 20 Aprile 1611, nonchè il dispaccio del 10 Novembre 1744 (1).

(1) Le rendite vitalizie per disposizione dell' antica e della nuova legge non costituiscono che un'azione mobiliare di credito. Vedi la leg. 68 ff. *ad leg. Falcid.* e gli autori sopracitati. Pothier sulle rendite vitalizie dice » Esse non hanno capitale, esse altro non sono che » un credito che non nasce nè si acquista dal creditore » tutto in una volta ma per parte ed in ciascun giorno » della sua vita che è la misura della sua durata ed in » conseguenza essa non produce che un'azione mobilia- » re che non può essere un'azione di proprietà.

E Loiseau lib. 1. cap. 8 insegna che non può senza un'espressa clausola assegnarsi al creditore un fondo per cagione delle rendite.

L'azione *in rem scripta* non cessa di essere un'azione personale come insegnano il Donello *de actionibus* §. 1. n. 8., il Forstero *de actionibus disputat.* 1., il Bacovio *de act. disputat.* 2. il Poncet tit. 2. Cap. X. Solo per effetto di tale azione il creditore avea il dritto di far sequestrare e far vendere i beni del suo debitore sui quali era esperibile il suo dritto ma sempre colla qualità di creditore non mai colla veste di proprietario, ed avea dritto d'instare perchè col prodotto della vendita si facesse l'impiego di una somma bastante per assicurare il pagamento dell'annualità; massima ritenuta letteralmente dalle nuove leggi art. 1850.

Ecco l'effetto e l'estension dell'azione personale *in rem scripta*, che non potrebbe elevarsi ad un dritto di proprietà senza insultare i principj elementari della scienza!

Questi principj sono stati letteralmente ritenuti dalla G. C. Civile di Napoli in grado di rinvio del 27 Giugno 1838, colla quale si ritenne che la prestazione alimentare in favore de' secondogeniti essendo un peso intrinseco del fedecommesso, i secondogeniti aveano un

Queste teorie erano incontrastabili nell' antico foro com' è da vedersi in De Gregorio (1) Isernia (2) De Afflictis (3) De Franchis (4) Sorge (5) Ammirata (6) Domat (7) De Marinis (8) Guarani (9) Ricci (10) De Rosa (11) ed infiniti altri, de' quali sarebbe interminabile il numero.

Nè si dica, che secondo queste dottrine la condizione de' maschi sarebbe meno favorita di quella delle femine comunque queste fossero state escluse dalla successione, poichè in quanto ai secondogeniti ne' fedecommissi era in loro facoltà di rinunciare al vitalizio, e chieder la legittima colla querela di testamento inofficioso. Se essi non avessero ciò fatto, per effetto della teorica di Socino (1) s' intendevano di avere accettato il

diritto a pretendere la prestazione alimentare dal terzo possessore in forza dell' azione personale in *rem scripta*, e che per tali ragioni avean eziandio il dritto di far vendere i beni perchè col prodotto della vendita si facesse un impiego bastante per assicurare il pagamento delle annualità.

(1) Quistione 1. n. 2.

(2) Al Comento sulla costituzione in *aliquibus*.

(3) Al Comento sulla costituzione *comitibus*, e sulla costituzione in *aliquibus* lib. 3. pag. 137. n. 43.

(4) Al capitolo di Roberto *alienationis actas*, e tom. 4. decisione 659.

(5) Nel libro *de feudis* cap. 4. n. 43.

(6) *Jus feudi Neapolit*: tom. 2. pag. 103.

(7) Tomo IV. pag. 290.

(8) Tomo 3. pag. 249. n. 154., e risoluzioni feudali cap. 2. n. 57.

(9) Vol. 2. tit. 8. n. 5. pag. 71. e n. 87.

(10) Osservazione alla pratica civile di Carlo Antonio De Rosa cap. 5. n. 2. pag. 71.

(11) Sulla consuetudine si *moriatur* tom. 1. n. 276 pag. 221.

(1) Fondata sulla legge *solemus ff. de condit. et de-*

testamento paterno, e quindi se per proprio fatto aveano convertito il dritto di legittima in un dritto di credito, non potean dolersi, che la loro condizione fosse inferiore a quella delle loro sorelle.

In quanto poi ai secondogeniti ne' feudi essi molto meno aveano di che dolersi, poichè il feudo al primogenito non era pervenuto dal paterno retaggio, ma si bene dal Re *jure maestatis* per dritto d' investitura, essendo pur troppo noto, che il *dominium proprietatis* detto altrimenti diretto risiedeva nel Re, il quale concedeva i feudi pel servizio militare coll' obbligo di fedeltà, e di omaggio. Se per effetto delle leggi feudali il Re nel concedere il feudo ai primogeniti, non imponeva loro altr' obbligo, che di somministrare la vita milizia ai secondogeniti, mentre l' obbligava di assegnare il paraggio alle femine, come potrebbero i secondogeniti dolersi di non essersi accordata una maggiore estensione ai loro dritti!

Era questo lo stato della nostra giurisprudenza all' epoca della invasione straniera.

Intento il Legislatore a svincolare la proprietà dai ceppi, che rendean difficili le transizioni, intento a restituire i beni al commercio, onde far meglio prosperare le industrie, colle leggi del 2 Agosto 1806 e 15 Marzo 1807 non altro ebbe in mira se non di troncare lo stame

monstrat: adottata nel foro ed approvata con dispaccio del 26 Novembre 1724. Vedi sul proposito Pellegrino *de fideicommissis* n. 29. Fusani *de subst. quæst.* 408 n. 92., e Domat tom. 5.

della progressione de' beni feudali, e fedecommesarii in contradizione delle leggi successorie comuni, rendendo libera al primogenito quella proprietà, ch' era in lui vincolata, e facoltando il secondogenito livellista a chiedere il livello in capitale, ove ne avesse fatta la domanda nel termine di sei mesi; ma nè volle, nè potea volere, che un dritto di pensione alimentare puramente personale dovesse convertirsi in *condominio* malgrado la volontà del primogenito debitore (1). La legge in altri termini disse ai livellisti » Voi potete dimandare il capitale de' vostri livelli in » contante, o in fondi fra sei mesi, e così affranchiti dalla servitù del primogenito potrete liberamente disporre de' vostri capitali; ma se nol farete, se vi piace in vece di continuare nella schiavitù, che v' imponeano le antiche leggi, sulle quali non può estendersi il mio impero, voi continuerete ad esigere la prestazione, ad assicurare la quale potrete giovarvi delle sanzioni degli articoli 1850 e seguenti » ll. cc. »

Non così per le figlie femine de' feudatarj,

(1) Si consulti la legge del 15 Marzo 1807 e si vedrà che i vitalizianti son qualificati col nome di *creditori*, comunque si fosse loro accordato il dritto di chiedere la riduzione del vitalizio in capitale, e comunque in tal caso il possessore del fedecommeso avesse avuto la facoltà di dare ai detti creditori vitalizii il capitale in contante od in fondi a prescelta. Or dietro le chiare disposizioni dell' art. 6. della legge del 15 Marzo 1807 non sarebbe un' insultare la saggezza del legislatore attribuendo al secondogenito un dritto di proprietà e di condominio, mentre egli dalla legge stessa vien qualificato col nome di creditore?

o di coloro, i di cui beni eran soggetti a fedecompresso, poichè siccome le antiche leggi accordavano loro una somma in contante non soggetta a vincoli, che ne inceppassero la circolazione, non vi era luogo a farvi innovazione alcuna, e quindi esse continuano ad sperimentare un dritto di proprietà per avere la loro legittima fino a che non l'avessero transatta, come han deciso gli arresti sopra trascritti.

Or se la lettera e lo spirito dell'antica e della nuova legge, l'autorità de' dottori, l'interpretazione dei forensi, la giurisprudenza costante dei Tribunali uniformemente ci assicurano che solo dritto di credito, e non altro che dritto di credito compete per ragion di vita milizia e legittima, come scambiarlo con dritto di proprietà su' fondi certi e determinati senza renderci alla legge ribelli? Se D. Achille Ferrantina non ha dimandato nel termine di sei mesi di convertirsi in capitale il suo dritto di vita milizia; se giammai il primo-genito glie lo ha assegnato in proprietà, egli non può che rappresentare un semplice dritto di credito nè certo nè liquido nè sicuro, e non avendolo giammai iscritto a' termini dell'art. 1999. ll. cc. nè lui nè la sua pretesa donataria possono farne l'esperimento in danno de' creditori del primo-genito debitor comune.

Noi potremmo estenderci più lungamente in questo disame moltiplicando le nostre ricerche, ma il desiderio di non tornar fastidiosi c'impone di esser brevi, nella fiducia che la saggezza dei magistrati coltissimi ed illuminati sarà per supplire ai nostri difetti.

QUISTIONI

UN CREDITORE CHE GODEVA DI UN' IPOTECA TACITA IN FORZA DELLE LEGGI DEL REGNO PRIA DEL 1809 POTEVA PROMUOVERE IL GIUDIZIO DI ASSISTENZA CONTRO DEI TERZI POSSESSORI I DI CUI FONDI ERANO AFFETTI DALL' IPOTECA TACITA?

NELL' AFFERMATIVA POTEVA ESPERIMENTARSI TAL GIUDIZIO PRIA DI ESCUTERSI GLI EREDI DEL DEBITORE ORIGINARIO?

IN OGNI CASO LA PRESCRIZIONE SI SAREBBE OPERATA A FAVOR DE' TERZI POSSESSORI COLL' ELASSO DEL TRENTENNIO, O LORO OSTA LA CONOSCENZA DELL' IPOTECA TACITA CHE AFFETTAVA I FONDI DA ESSI ACQUISTATI?

IN FINE L' IPOTECA ISCRITTA A 25 AGOSTO 1810 IN FORZA DEI TITOLI DIVERSI DA QUELLI CHE GLIE L' ATTRIBUISCONO AL CREDITORE, SENZA ESPRIMERE NÈ LA NATURA DE' Dritti DA CONSERVARSI, NÈ LA NATURA E LA SITUAZIONE DE' FONDI, È DESSA VALIDAMENTE CONSERVATA?

Queste ed altre interessanti quistioni essendocisi offerte in una causa trattata nel 1831 abbi-
am creduto di risolverle ne' seguenti termini.

Signori

E sarà egli vero che una causa ultra secolare abbia il dono dell' immortalità, negato a tutte le cose di questo mondo, e che possa, come l' età di Giolio, rinnovarsi in tutte le stagioni?

Sarà egli vero che mentre l' edace ed inesorabil tempo tutto logora e distrugge, non abbia avuto solo il potere di annientare i dritti della Signora Pignanelli, se pur dritti essa ne ebbe giammai?

Sarà egli vero in fine che mentre l' Ègida onnipossente della prescrizione garentisce col suo braccio di ferro gli acquisti de' miseri mortali a fronte de' titoli che la polve ha sepolti nel suo

seno, non abbia poi la forza di garentire un acquisto fatto nel 1768, cioè 58 anni addietro?

Signori

Io non difendo l'eredità ormai abbandonata dai Signori Fabrizio, e Domenico Gizzarelli Seniori; io non difendo neanche il giovine D. Domenico Gizzarelli, i di cui dritti sono stati gagliardamente sostenuti dal suo dotto e valente difensore; ma chiamato a difendere i convenuti del convenuto, m'ingegnerò di dimostrarvi l'insussistenza, l'illegalità, e se mi sia lecito il dirlo, la stranezza della dimanda della Signora Pignanelli, pria di occuparmi a respingere quella che il Sig. Gizzarelli ha diretta contro i miei difesi.

Signori

Sentiste 1.^o che Domenico Serra nel 1724 nell' avere col suo testamento istituiti eredi i suoi figli Giuseppe, Saverio ed Antonio gli gravò di un rigoroso fedecommesso primogeniale, permettendo al primogenito Giuseppe di vendere alcuni fondi coll' obbligo del reimpiego in aumento nel fedecommesso: 2. che Giuseppe primo genito vendè D. 7600 di fondi, ma senza farne il reimpiego ordinatogli dal fedecommittente: 3. che nel 1746 essendo trapassato il primogenito Giuseppe Serra, tanto il di lui figlio D. Luigi, che il Sig. Tiberio Amendola nella qualità di suoi creditori dedussero il patrimonio nel Sacro regio consiglio. Il figlio D. Luigi chiedeva i fondi del valore di D. 7600, una cogl' interessi, distratti dal padre per unirgli al fedecommesso, mentre

Tiberio Amendola chiedeva il pagamento de' suoi crediti. 4. Che nel 1750 Tiberio Amendola si aggiudicò tutt' i beni liberi e fedecommissari del debitore Giuseppe Serra, coll' obbligo di concordare fra i creditori del medesimo, di depositare i frutti, e di non alienare i beni acquistati. 5. Che nel 1757 Tiberio Amendola donò i beni aggiudicatigli a suo Fratello Nicola cogl' istessi obblighi impostigli nell' aggiudicazione. 6. Che nel 1761 il donatario Nicola Amendola ottenne Decreto in forza del quale era autorizzato a vendere tanti beni fino la concorrenza di D. 4900 da pagarsi al Presidente Caravita uno de' creditori del fu Giuseppe Serra. 7. Che nel 1768 l' istesso Nicola Amendola vendè i fondi Palazzo, Logado, ed Ariagrande al Sig. Domenico Gizzarelli, enunciando nella vendita la provenienza de' beni medesimi. 8 Che nel 1789 ad istanza di Giuseppe Serra Juniore figlio di Luigi, il Sacro regio consiglio dichiarò che spettava al medesimo l' ipoteca legale tanto su i beni fedecommissati da Domenico Serra nel 1724 che su quelli acquistati da Giuseppe Serra Seniore. 9. Che non pria del 1803 lo stesso Giuseppe Serra Juniore figlio di Luigi, da cui ha causa la Signora D.^a Anna Fignanelli, istituì giudizio di assistenza contro D. Fabrizio Gizzarelli, e nel 1829, ne ha riassunta l' istanza con atto del dì 8 Aprile, reclamando il pagamento di D. 19902. 25., o il rilascio de' fondi soggetti all' ipoteca da lei iscritta a 25 Agosto 1810, e rinnovata a 29 Luglio 1820. 10. Che sotto il dì 13 Aprile detto anno il Sig. D. Domenico Gizzarelli nel denunziare ai Sig.ⁱ Filosa, Miracco, e Bugliari acquirenti de' fondi Logaro ed Ariagrande l' atto intimatogli dalla Sig.^a

D.^a Anna Pignanelli, pretese di sperimentare contro i medesimi un giudizio di garanzia formale per assumere il peso della lite, e subordinatamente rispondere delle conseguenze della domanda promossa dall'Attrice.

Or su gli esposti fatti io mi permetto di richiamare per un momento la vostra sagace attenzione, poichè veri i fatti di cui l'attrice ne ha tessuta l'istoria nell'atto di citazione, io credo agevole il dimostrare che alla Sig.^a Pignanelli non competea giudizio di assistenza nel 1803; che concedendogliela è stato da lei nullamente istituito tal giudizio, che non le compete azione ipotecaria sotto l'impero delle leggi in vigore; che in fine la sua azione è prescritta.

1. Ed in vero Voi m'insegnaste che ai tempi di Marciano *inter pygnus et hypothecam tantum nominis sonus differt* (1); che ai tempi di Diocleziano e Massimiano si accordava indistintamente al creditore la scelta dell'azion reale e personale (2); che Giustiniano coll'autentica *de fidejussoribus* (3) richiese il previo espe-

(1) Espressioni del G. C. Marciano nella l. 5. ff. *de pygnor: et hypoth.*

(2) L. 14. C. de pygn: et hypoth. *Distractis a debitore pignoribus, creditores potestatem habere, utrumne personale obligatos sibi, an pignora possidentes, in rem actione convenire velint, non est incerti juris.*

(3) L. 3. C. de jure domini impetrando §. 1. *disponere, sancimus itaque, si quis rem creditori suo pignorravit, si quidem in pactione cautum est, quemadmodum debet pignus distrahi, sive in tempore, sive in aliis conventionibus, ea observari, de quibus inter creditorem et debitorem conventum est, ossia che dovesse osservarsi il patto, tra il creditore, ed il debitore cir-*

rimento dell'azion personale; che finalmente colla prammatica *de assistentia* (4) del 1447 non

ca il tempo e modo da vendersi la roba ipotecata onde essere il creditore soddisfatto. Nel §. 2. poi dispose che non trovandosi il fondo a vendere il creditore potea chiedere al Principe il possesso per mezzo del magistrato.

Coll' autentica de fidejussoribus dispose, *sed neque* (son parole dell' autentica) *ad res debitoris ab aliis delinentur veniat prius, antequam transeat viam super personalibus contra mandatus, et fidejussores, et sponsores.*

Con altra autentica in fine, ossia costituzione sotto il titolo de litigiosis nel §. *ad hoc autem*, lo stesso Giustiniano ordinò che potesse il debitore ipotecario vendere la roba ipotecata purchè pagasse al creditore, ma non pagando, potesse il creditore revindicare il possesso della cosa ipotecata finchè non fosse soddisfatto, confermando per tutt' altro l' autentica precedente.

Si quidem (son parole dell' autentica) *speciales res mobiles, vel immobiles aut semoventes nominatim fuerint hypothecae suppositae, liceat quidem debitori eas, cui et quando voluerit vendere; sic tamen, ut ex praetio earum usque ad debiti quantitatem satisfaciatur creditoribus. Si autem hoc debitor non fuerit, damus licentiam creditoribus, qui rem venditam suppositam habet, eandem rem vindicare, donec ei satis pro debito fiat.*

(4) Il giudizio di assistenza fu così detto perchè il creditore non poteva agire contro del terzo possessore per avere il prezzo del fondo ipotecato, od il fondo stesso giusta l' apprezzo in soddisfazione del suo credito se non coll' assistenza dell' autorità del magistrato giusta il prescritto dell' autentica sopracitata, mentre se il valore del fondo oltrepassasse il credito, il dappiù dovea pagarsi al debitore.

L' espressioni poi della prammatica del 1477 sono le seguenti.

Assistentiam et appraetium contra tertium possessorem pro executione instrumenti continentis obligationem bonorum, pactum de capiendis cum constitutione precarii, peti posse, et per Judicem concedi, absque

si accordò il beneficio di questo giudizio se non a quel creditore che godesse dell'ipoteca espressa in un pubblico istrumento nel quale si fosse convenuto il *pactum de capiendo cum constitutione praecarii* (5).

aliqua discussione contra principalem facta; alis concurrentibus quae de jure necessaria sunt in assistentia, vel hypothecariae causa declaramus. Il giudizio di assistenza poi è un rimedio legale composto di tre azioni cioè dell'ipotecaria o quasi *serviam*, dell'azione nascente dal patto *de capiendo*, e dell'altra risultante dal *constituto* e *precario*, come saviamente osserva il dotto Aloe in Domat, e come opinarono del pari Rovito ed Afflitto, contro l'opinione del Cardinal De Luca il quale nel discorso 44 n. 36 *de judiciis* sostenne dover- si l'origine di tal rimedio all'interdetto Salviano.

(5) Qualunque sia l'origine di tal clausola che i dottori ripetono da un testo del G. C. Celso nella l. 18 ff. *de acquirend. vel amitt. possess.*, e dalla l. 1. ff. *de praecario*, egli è certo però che tal clausola esprime il dritto che la legge concede al creditore di riavere il possesso del fondo ipotecato ch'egli avea precariamente concesso al suo debitore. Vedi Moro part. civ. tom. 3. pag. 22 a 34. Ciò conferma la gran verità che nella infanzia delle nazioni l'ipoteca non consisteva che nella detenzione corporale del fondo di cui si trasferiva al creditore il possesso civile per sicurezza del suo credito, mentre il possesso naturale per volontà dell'istesso creditore si lasciava precariamente al debitore il quale potea esserne spogliato se non adempiva all'obbligazione contratta. Nel progresso di tempo per un felice cangiamento operatosi nello stato Civile, resa permanente la proprietà, e divenuto il possesso un'attributo necessario, ed inseparabile dalla proprietà acquistata col titolo, si è riconosciuto che il creditore non potea aver dritto di riprendere la cosa ipotecata dalle mani del terzo possessore se non quando si fosse ciò convenuto nel titolo di credito, non potendosene allora dolere il terzo possessore il quale come successor singolare del debitore, e suo avente causa dovea necessariamente sottostare alle conseguenze delle obbligazioni contratte dal di lui autore.

Or se l'ipoteca accordata dal Sacro regio consiglio alla Signora Pignanelli è un ipoteca legale, la quale indubitatamente va compresa nel-

Ma qual'è l'origine, quale il significato, quali gli effetti di una tale clausola?

Ricci pratica Civile tom. 1. part. 2. riconosce in tali espressioni tre clausole distinte cioè il patto *de capiendo*, il *Costituto*, ed il *precario Argelli* quistione 4. n. 27. crede che il costituito trasferisce il possesso dell'immobile ipotecato al creditore. *Il cardinal de Luca* de Dot. Discorso 157 n. 11 crede che il costituito trasferisce anche il dominio. *Aulizio de acquirenda vel admittenda possessione propos. 3.* crede, che se al costituito si unisca il *precario* si distrugge l'effetto della clausola del *costituto*. *Il Grenier* trat. delle donazioni tom. 1. pag. 22 dice, che il *costituto* rendeva l'idea di una tradizione fittizia, la quale si operava per effetto del *precario*, ed opina che l'uso di tal clausola traesse origine dal testo di Celso espresso nella l. 18 ff. *de acquirend. vel ammit. posses*; finalmente *Tiraquello* compose un trattato *de jure constituti possessorii*, ove combatte le opinioni esposte, sostituendovi la sua, richiedendo un quarto requisito per la validità di tal clausola. Noi crediam solamente di dover osservare per la retta intelligenza della prammatica, che per antico dritto Romano nei tempi di Marciano non vi era distinzione tra pegno, ed ipoteca come rileviamo dalla l. 5. ff. *de pignor. et hypoth.*, perchè il creditore garantiva il suo dritto col possesso dell'immobile ipotecato; che il G. C. Celso seguace di Proculo, che non riconosceva altro possesso legittimo del possesso civile, ossia, del possesso del vero padrone, colla l. 18 ff. *de acquirend. vel admittend. posses.* immaginò il caso di un padrone, che dopo donato il suo immobile lo amministrasse, e lo godesse per volontà del donatario, e mentre nel caso da lui immaginato diceva *quod meo nomine possideo, possum et alieno nomine possidere: nec enim mihi muto causam possessionis sed desino possidere, et alium possessorem ministerio meo facio*. La *Chiosa* spiegando tal testo sostituì invece l'espressione seguente, *rem quam possideo meo nomine, possum alieno nomine possidere, ut si*

la classe delle ipoteche tacite, se a lei manca un istrumento col patto *de capiendo cum con-*

meo animo constituam me possidere hanc rem pro Titio; che dall' espressione *constituam* ebbe origine nei barbari tempi il tanto celebrato *costituto*, come osserva fra gli altri il dotto *Chabot* citato da Grenier trattato delle donazioni; ma in realtà la clausola della costituzione del precario non esprime se non il patto in forza del quale il padrone, trasferito ad altri il possesso civile dell' immobile che le appartiene, si obbliga di ritenere per se il possesso naturale precariamente a compiacenza dell' altro; *praecarium*, dice la l. 1. ff. *praecar.*; *est quod precibus petentis conceditur tamdiu, quamdiu is, qui concessit, patitur*; ed ognuno sa che *constituere* nei libri del dritto significa *determinare, stabilire* per cui la clausola *cum constitutione praecarii* richiesta dalla prammatica del 1477 dinota il patto espresso, in forza del quale il debitore concede al creditore il possesso civile dell' immobile ipotecato, ritenendo per se il possesso naturale precariamente a compiacenza del creditore istesso.

Nei tempi di Ulpiano il precario non era applicabile che alle donazioni, non già all' ipoteche, ma rileviamo dalla l. 1. ff. *de praecario* che proposto il dubbio a questo Giureconsulto egli rispose, che il precario potea ben estendersi ai contratti ipotecarii, perchè egli dice *mihi videtur verius praecarium consistere in pignore cum possessionis rogetur non proprietatis, et haec est sententia etiam utilissima: quotidie enim praecario rogantur creditores ab iis, qui pignori dederunt et debet consistere praecarium*.

L' imperator Giustiniano colle leggi riportate sotto il titolo *de jure domini impetrando* ordinò, che quando i beni si trovassero nelle mani del debitore si dovessero osservare i patti tra essi stipulati; ma coll' autentica sotto il titolo *de litigiosis* dispose che il debitore non essendosi spogliato del dominio per effetto del precario, ma del solo possesso, potesse vendere il fondo ipotecato con obbligo di pagare al creditore, e se a ciò non adempisse accordò al creditore il dritto di poter vendicare l' immobile ipotecato dalle mani del terzo posses-

stitutione praecarii, come mai poteva sperimentare il giudizio di assistenza? Si leggano Aloe in Domat (1), il Moro (2), il Ricci (3), il De Marinis (4), e tutti i nostri forensi, e si vedrà che questa non è una ingegnosa risorsa suggerita dalla difesa, ma una teoria di dritto elevata in massima nell'antica nostra giurisprudenza.

2. Ma vi è dippiù. La Prammatica *de assistentiae* (5) non accordava alcun dritto al ter-

sore, impetrato il permesso del Principe, *donec ei satis pro debito fiat*. La Prammatica del 1477 favoreggiando viemmaggiormente i dritti del creditore dispose che quando nell'istrumento erasi stipulato il patto *de capiendo cum constitutione praecarii*, il creditore avesse il dritto di ripigliarsi la roba ipotecata in virtù del precario colla sola autorità del Giudice. In tal modo la clausola del patto *de capiendo cum constitutione praecarii*, richiesta dalla prammatica indispensabilmente per lo esperimento del giudizio contro dei terzi possessori, induce la necessità di un'ipoteca espressa, la cessione del possesso civile trasferito al creditore, il godimento del possesso naturale precariamente in favor del debitore, e finalmente il patto in forza del quale al creditore è lecito di riprendersi il possesso civile *ex auctoritate judicis donec ei satis pro debito fiat*.

(1) Tomo 2.

(2) Moro pratica civile pag. 22 a 34.

(3) Ricci pratica civ. tom. 1. part. 2. tit. 7. cap. 2. *de requisitis in judicio assistentiae*.

(4) *De Marinis resolutiones juris*; vedi ancora *Aulio de acquirend. vel admit. possess.*, *Afflitto decis.* 368, ed *Ursillo addit. ad afflict. dec.* 139.

(5) La prammatica unica *de assistentia* non richiedeva alcuna previa escussione dei beni del principal debitore, ma la pratica del foro, e la giurisprudenza dei Tribunali riconosceva indispensabile la previa escussione dei beni dell'erede del debitore obbligato, come è da vedersi in Gramatico, Maranta, Rovito, Barbatì, ed in tutta la numerosa schiera dei dottori citati da De Marinis; vedi ancora Moro part. civ. tom. 3. cap. 35. §. 5.

zo possessore se non dopo escusso l'erede del debitor principale. *Nullò modo* (dice de Marinis) *poterit creditor contra tertium possessorem agere, haerede debitoris principalis prius non discusso.*

Giustifichi la Signora Pignanelli d'aver ottenuto le lettere esecutoriali contro Amendola obbligato al pagamento de' debiti di Domenico Serra allorchè si aggiudicò i beni nel 1750, dimostri col certificato dell' esecutore che Amendola non *erat solvendo*, ed allora sarà ammissibile il giudizio di assistenza da lei promosso contro il Sig. Gizzarelli.

3. Fin quì si è fatto conoscere insussistente e mal fondato il giudizio di assistenza promosso nel 1803; ma sarà forse migliorata la condizione dell' attrice coll' azione ipotecaria riprodotta sotto l'impero delle nuove leggi? Il dotto difensore del sig. Gizzarelli vi ha dimostrato che l' iscrizione della signora Pignanelli è nulla per averla presa contro il non possessore ed il non debitore, ed io facendo plauso ai suoi argomenti aggiungo che l' ipoteca è ancor nulla perchè non si è indicato il titolo da cui ella emerge, ciò che è richiesto dalla legge a pena di nullità.

In fatti la sig.^a Pignanelli dichiara nell' iscrizione che la sua ipoteca nasceva dall' istrumento del 1816, e dal testamento del 1724, e quindi soggiunge che i beni ipotecati erano stati a lei aggiudicati coi decreti del 1789 e 1800. Or se è falso che quei titoli contenessero ipoteca, come è falso che quei decreti contenessero alcuna aggiudicazione in di lei favore, l' iscrizione non è assolutamente nulla, giusta l' art.^o 94 della legge transitoria del 3 gennaio 1809, ed art.

2148 cod. Franc. (1)? Questa quistione è stata trattata da Persil (2), Batur (3), Terrible (4), Merlin, Grenier (5) e tutti uniformemente si pronunziano per la nullità dell'iscrizione, come si è deciso con infiniti arresti riportati da Sirey (6), ed io mi auguro che nulla dovrà esse-

(1) L'articolo 94 della legge transitoria del 3. Gennaio 1809 uniforme all'art. 2148 cod. franc. prescrivea, che la nota del conservatore contener dovesse la data, e la natura del titolo, e l'art. 2153 richiedeva per la validità di un iscrizione di una ipoteca legale, che il conservatore nella nota esprimer dovesse la natura dei dritti da conservarsi.

(2) Persil nel suo Comento al regime ipotecario tom. 2. pag. 52 si esprime così » La natura del titolo è egualmente essenziale. Bisogna che i terzi sappiano osservando la iscrizione, se la ipoteca derivi da un contratto di prestito, o da una sentenza, altrimenti non avrebbe pubblicità E più appresso. Tutte le volte che obbliandosi il titolo costitutivo delle ipoteche se ne è indicato un altro, i Tribunali non hanno mancato di pronunziare la nullità della iscrizione.

(3) Battur trattato dei privilegi e delle ipoteche N. 372.

(4) Terrible riportato da Merlin alla voce ipoteque §. 5. N. 30.

(5) Grenier trattato delle ipoteche tom. 1. N. 47. Vedi ancora gli autori delle pandette francesi, ad Hutteau nell'avvertimento preliminare al trattato delle ipoteche del Sig. Pothier.

(6) Sirey tom. 10. part. 2. pag. 249, ed ivi l'estratto della giurisprudenza ipotecaria del Sig. Guichiard, il quale unitamente agli scrittori sopracitati insegna che comunque la nullità non fosse espressa negli articoli 2148 e 2153 cod. fran. uniformi agli art. 2042, 2047. ll. cc. pure trattandosi di formalità che costituiscono l'essenza degli atti, la mancanza costituisce una nullità sostanziale che non ha bisogno di essere pronunziata dalla legge; lo stesso insegna Merlin nelle conclusioni da lui pronunziate nella causa decisa con arresto dei 15. Maggio 1809 inserito nel tom. 13 delle addizioni al repertorio pag. 575.

re dichiarata del pari dà questo Tribunale, poichè non concedendo la legge l'esperimento dell'azione ipotecaria se non al solo creditore iscritto, la sig.^a Pignanelli non può godere di un tal beneficio avendo per se un'iscrizione nulla ed inproduttiva di effetti innanzi agli occhi della legge.

In fine ove tutti questi ostacoli potessero sormontarsi, l'credità de' sig.ⁱ Gizzarelli crede potere invocare non inutilmente in suo soccorso l'ancora sacra della prescrizione, che Cicerone chiama l'Avvocata del genere umano, *praesidium mortalium, finis litium et iurgium inter homines*. Ed in vero non vi è chi non sappia che per antichissimo dritto romano l'ipoteca era imprescrittibile. Ma Arcadio ed Onorio la resero soggetta alla prescrizione del trentennio (1), e la Prammatica del 1742 in termini espressi ha sancito che il terzo possessore potea ben prescrivere l'azione ipotecaria con trenta anni di possesso (2).

Or se dal 1768 al 1803 eran già decorsi

(1) Papiniano nella l. 2. ff. *de pygn. et hypoth.* dice *pygnoris etenim caussam nec usucapioni perimi placuit, quoniam quaestio pygnoris ab intentione domini separatur*, ma Arcadio ed Onorio colle ll. 3. e 4. *de praescript. 30 vel 40 annor.* dichiarano prescrittibile l'azione ipotecaria, colle seguenti espressioni *eodem etiam jure in ejus persona valente, qui pygnus vel hypothecam non a suo debitore, sed ab alio per longum tempus possidente nititur vindicare*.

(2) *Coeterum*, son parole della prammatica, *interlio possessore bonam fidem presumendam esse, ideoque lapsu triginta annorum a die natae actionis, ac deductis temporibus jure deducendis, legitima praescriptione eum recte uti posce*.

35 anni di possesso pacifico, gli eredi Gizzarelli non avevano essi prescritto il dominio de' fondi acquistati contro l'azione ipotecaria che intendono sperimentare i sig.ⁱ Serra? Ed i sig.ⁱ Filosa, Miracco, e Bugliari attuali possessori dei fondi Logado ed Ariagrande, non possono essi giovarsi di questa eccezione, comune al loro autore?

5. Invano si dirà che Gizzarelli non potea prescrivere perchè nel titolo di acquisto si faceva menzione della provenienza de' beni, e dell'aggiudicazione condizionata fatta a Tiberio Amendola nel 1750; invano si dirà che avendo il S. R. C. nel 1789 accordata l'ipoteca legale a Giuseppe Serra, contro del medesimo non poteasi prescrivere pel tempo anteriore in forza della massima *contra non valentem agere non currit praescriptio*.

Queste eccezioni, o Signori, sono ingegnose ma non solide, ed io son sicuro che non troveranno ascolto presso magistrati che son maestri dell'antico e del nuovo dritto.

Invero allorchè si tratta di acquistare un dominio non si può prescrivere contro del proprio titolo, ma questa massima non ha luogo nelle prescrizioni al fin di liberarsi da una obbligazione contratta, come chiaramente insegnano Marcello, nella leg. 14 ff. *adquìrenda vel amittenda possessione*, e Paolo leg. 4. ff. *de usucapionibus et usurpation*: (1).

(1) E un assioma volgare, dice Merlin alla voce *prescription* sez. 1. §. 6., che *nemo potest mutare sibi causam possessionis suae*, poichè il conduttore non può per qualunque lasso di tempo prescrivere la proprietà

Moltomeno regge la seconda eccezione perchè si sa che i giudicati non creano dritti, ma son dichiarativi di un dritto preesistente che il giudicato determina in contradizione delle ingiuste pretese de' litiganti. Non è il decreto del 1789 che creò l'ipoteca legale in favor di Giuseppe Serra, ma ci solamente l'ha dichiarata in suo favore perchè competevasgli, altrimenti non avrebbe potuto mai il magistrato attribuircela. D. Giuseppe Serra dunque sin dal 1768. epoca dell'acquisto del sig. Gizzarelli *valebat agere*, perchè egli sin d'allora godeva dell'ipoteca legale che il Consiglio dichiarò competerle col decreto del 1789, e quindi contro di lui utilmente *currit prescriptio*.

che non gli è stata mai conferita, ma si può ben prescrivere contro il proprio titolo ad oggetto di liberarsi dall'obbligazione contratta. Ciò è ben espresso nella l. 3. c. *de praescript. 30 vel 40 annor.*, e di ciò ce ne dà ragione il G. C. Marcello nella l. 19. ff. *de adquirend. vel admittend. possess.*, *quod scriptum est apud veteres neminem sibi causam possessionis posse mutare, credibile est de eo cogitatum qui et corpore et animo possessioni incumbens, hoc solum statuit et alia ex causa id possideret: non si quis dimissa possessione prima, ejusdem rei denuo ex alia causa possessionem nancisci velit.*

Questo stesso principio vien consagrato dal G. C. Paolo nella l. 4. ff. *de usurp. et usucap.*, e Gothofredo commentando detta legge dice, *et ita poterit quis per usucapionem se a servitutis iugo liberare*, e ciò per la ragione che ne adduce il Domat lib. 3. tit. 7. tom. 3. che in tal caso il compratore prescrive la libertà del fondo non per effetto del titolo di acquisto ma in forza dell'altro titolo *pro suo* che è ben atto ad operar la prescrizione.

Queste stesse massime sono state consagrate dalle nuove leggi nell'art. 2147, e per le identiche ragioni,

Questa verità professata dal gran Bacone (1) non si è messa giammai in dubbio nel foro, come non si è giammai dubitato che la determinazione del dritto fatta dal magistrato colla sua sentenza rimonta sempre all'epoca in cui il dritto era nato alla parte litigante. Se taluno dopo molti anni dimanda dal magistrato la spettanza di una eredità, e la sentenza glie l'accorda, egli è erede non dall'epoca del giudicato, ma dal momento in cui si è aperta la successione che dal magistrato gli è stata attribuita restringendo le ingiuste pretese de' suoi contraddittori.

Or se la sig.^a Pignanelli quale avente causa dal sig. D. Giuseppe Serra avea l'ipoteca legale su i fondi alienati al sig. Gizzarelli sin dal 1724, perchè mai i terzi possessori non avrebbero prescritto l'azione ipotecaria con 58 anni di possesso pacifico, e con 35 anni di perfetta calma, senza essere stati giammai molestati per l'esperimento del dritto che or si reclama.

La ragione e la legge imperiosamente consigliano il rigetto della dimanda dell'attrice, ed io tanto mi auguro dalla giustizia del Tribunale.

Fin quì dell'azione intentata dalla signora Pignanelli contro del sig. Gizzarelli, da cui han causa i terzi possessori affidati al mio debole patrocinio.

Discendo ora ad esaminar la dimanda di ga-

come è da vedersi nel Delvincourt tom. 6. lib. 3. pag. 132 e 133, ed in Bigot Preameneau nell'esperto al consiglio di stato i motivi della legge relativa alla prescrizione, nella seduta del 17 ventoso anno 12.

(1) Vedi Bacone *Leges Legum*.

rentia promossa dal sig. Gizzarelli contro i sig.ⁱ Filosa, Miracco e Bugliari.

Ormai è costante in fatto che il sig. D. Domenico Gizzarelli nel 1814 acquistò per compra dal padre e dall'avo due appartamenti del palazzo che attualmente possiede per D. 4800. che furono versati al sig. Libonati il quale si asseriva creditore de' venditori in D. diecimila e più in forza d'istrumento del 1.º Luglio 1807, che dicesi ratificato a 30 Luglio detto anno con ipoteca sopra tutt' i beni degli alienanti. Indubitato è del pari che nell' istesso ano 1814 gl' istessi alienanti D. Domenico, e D. Fabrizio Gizzarelli Seniori venderono molti altri fondi ai sig.ⁱ Filosa, Miracco, e Bugliari; che il comprator del palazzo D. Domenico Gizzarelli dopo la morte dei suoi venditori padre ed avo ha rinunciato alla di loro eredità nel 1824, e che il sig. Libonati nel 1828 per essere soddisfatto dagli altri D. 5200 in capitale oltre gl' interessi istituì giudizio ipotecario contro i sig. Filosa, Miracco, e Bugliari, che pende tuttavia indeciso per essersi impugnati i titoli di credito, dei quali si è ordinata l'esibizione degli originali.

Ritenuti i fatti esposti, ove per strana ed illegale ipotesi regger potesse la dimanda dell'attrice originaria sig.^a Pignanelli contro il sig. Gizzarelli, di cui si è dimostrata ampiamente l'insussistenza, sarà ella ammissibile in rito e fondata nel merito la dimanda in garanzia promossa dal sig. Gizzarelli contro i sig.ⁱ Filosa, Miracco e Bugliari?

1. Signori. La dimanda del sig. Gizzarelli, se mal non mi appongo, non potrà essere ammessa nè come azione di garanzia formale, perchè

la legge accorda tal dritto al compratore e non viceversa, art. 1472 ll. cc., nè come garanzia semplice perchè questa compete contro colui che ha promesso o si è obbligato a qualche cosa, ed i convenuti dal sig. Gizzarelli nè han vendute a lui, nè han promesso qualche cosa al medesimo.

La garanzia, dice Poncet (1), fonda sull' obbligazione che abbiamo di far godere completamente e tranquillamente ad una persona dei beni o dei dritti da noi cedutogli, e di liberarla in tutto o in parte dall' obbligo che ha contratto con noi e per noi nel caso che egli fosse molestato da altri per nostra causa, ed i signori Filosa, Maracco, e Bugliari avendo adempito all' unica obbligazione di pagamento che avean contratta coi sig. D. Domenico e D. Fabrizio Gizzarelli Seniori, hanno il dritto di essere garantiti (anzicchè l' obbligo di garantire) nel possesso de' fondi acquistati.

2. Nè dee dirsi altrimenti ove si volesse considerare come ipotecaria l' azione istituita dal sig. D. Domenico Gizzarelli coll' atto del 16 agosto 1829.

In fatti il sig. Gizzarelli conviene in giudizio i terzi possessori qual surrogato ai dritti del sig. Libonati; ma se la surroga convenzionale nei dritti altrui equivale ad una cessione per parte del surrogante, non dee dirsi nulla l' azione da lui intentata senza essersi mai denunziata ai terzi possessori la cessione ottenuta in contradizione dell' art. 1536 ll. cc.? Ed anche sorpassandosi

(2) Trattato delle azioni cap. 3.

quest' ostacolo, se l'ipoteca è di sua natura individua ai sensi dell' art. 2000 ll. cc., come può il sig. Gizzarelli esperimentar l' azione ipotecaria nella qualità di surroga al sig. Libonati, mentre costui l' ha iniziata contro di lui e pende tutt' ora indecisa la causa in appello? In fine quando la cessione si fosse pur denunziata, quando Libonati non avesse intentato l' identico giudizio che pende tuttora indeciso, quando al sig. Gizzarelli competesse l' azione ipotecaria, non dovrebbe allo stato dichiararsi di non esservi luogo a deliberare per non avere egli precettato il tutore dell' eredità giacente de' debitori originari del sig. Libonati, ai sensi dell' art. 2063. ll. cc.?

3. Ma come mai il sig. Domenico Gizzarelli investito del nome del sig. Libonati può esperimentare de' dritti che a Libonati istesso punto non competono? Si legga l' istrumento del 1.º luglio 1807 e si vedrà che un' asserto mandatario dei sig. D. Domenico e D. Fabrizio Gizzarelli (senza essersi mai esibita la procura che non esiste) dichiarò i medesimi debitori del sig. Libonati de' ducati diecimila, promettendo in nome dei mandanti l' ipoteca de' loro beni, e promettendo altresì la ratifica fra giorni 15; ma questa ratifica non è mai seguita, e la copia di copia esibita da Libonati, di cui non esiste l' originale, come attesta il Notaio al quale la voluta copia di copia si attribuisce, è affetta di nullità assoluta, come il titolo primordiale del debito del 1.º luglio 1807, mancando della firma del Notaio, de' testimoni e delle parti, giusta il prescritto della prammatica del 20 marzo 1804.

Or se gl' istrumenti da cui vuol farsi risul-

tare il credito e l'ipoteca a favore del sig. Libonati son colpiti di nullità assoluta per essersi violate le forme prescritte a pena di nullità dalla prammatica del 20 marzo 1804, non vi è luogo a dubitare che nè Libonati, nè Gizzarelli in sua vece possano sperimentare azioni ipotecarie risultanti da un titolo nullo.

Nè si opponga che questa eccezione non possa esser prodotta da terzi possessori. L' art. 1119 uniforme alla leg. 7.^a ff. *exceptionibus*, e la leg. 2.^a ff. *de colat*: dispone che il creditore può esercitare tutt' i dritti e tutte le azioni del suo debitore, eccettuate quelle che sono a lui meramente personali s' intendono le azioni alimentari, le azioni d' ingiurie, ed in generale tutte le azioni penali *quæ personæ cohærent, et ad alios non transeunt*, come si esprime il giureconsulto Paolo nella citata legge *de exception*. perchè al dir dello stesso giureconsulto tali azioni *magis vindictæ quam pecuniæ habent persecutionem*.

Se l'ipoteca è un' accessorio dell' obbligazion principale del debito; se il titolo che contiene e l'una e l'altra è affetto di nullità assoluta, i terzi possessori giustamente invocano il beneficio dell' art. 1119 ll. cc. per far valere la nullità dell' ipoteca, non menochè dell' obbligazion di debito che si attribuisce ai venditori da cui essi han causa per respingere le molestie che ingiustamente se gl' inseriscono dal sig. Gizzarelli colla domanda di garanzia contro da essi promossa.

4. In fine il sig. Libonati coll' istrumento del 1.^o luglio 1807 ebbe a se ipotecato il palazzo de' sig.ⁱ Gizzarelli, già soggetto ad ipoteca lega-

le in favor di D. Giuseppe Serra, altri appartamenti non ipotecati a Serra, la parte libera dei fondi Tusculano e Sejani, ed in fine i beni fedecommessati *in subsidium* de' beni liberi.

Or finchè non si escuterà il palazzo specialmente ipotecato a Serra, quindi la parte libera de' fondi Tusculano e Sejani in seguito il rimanente dei beni liberi, non si possono mai escutere i beni fedecommessati che non si conoscono, nè possono essere molestati i terzi possessori di fondi di cui s'ignora la natura, e de' quali non si è dimostrato il vincolo de' beni del sig. Libonati.

Pel sig. Filosa poi vi ha dippiù poichè avendo egli comprato il fondo Ariagrande dal sig. Silistria, il quale ne divenne acquirente in forza di aggiudicazione all' asta pubblica, dopo di essersi il giudizio di graduazione esaurito, ogni ipoteca è rimasta estinta, e di ogni peso il fondo è rimasto purgato.

Questa teoria comunque combattuta dal difensore della sig. Pignanelli vien sostenuta rigorosamente dalla legge, perchè dietro il giudizio di graduazione la chiusura della nota libera l'aggiudicatario da tutte le ipoteche di cui il fondo era gravato, e la quietanza contenuta nel mandato di pagamento dà dritto a far radiare tutte le iscrizioni esistenti (1).

(1) Grenier tom. 4. trattato delle ipoteche N. 473 a 490 insegna che la vendita forzata seguita dall'aggiudicazione basta a liberare i fondi dalle ipoteche e dai privilegi che lo gravano, ma noi nelle nostre lezioni di dritto tom. 5. §. 231. abbiain sostenuto che l'aggiudicazione da se sola non produce l'effetto di liberare l'

Se il sig. Libonati in quel giudizio di graduazione citato non intervenne, come mai ha potuto conservare e trasmettere alcuna ipoteca al sig. Gizzarelli? E come costui può sperimentarla contro del sig. Filosa successore dell'aggiudicatario sig. Silistria, il quale ha depositato il prezzo dell'aggiudicazione ripartito legalmente tra i creditori de' sig.ⁱ D. Domenico, e D. Fabrizio Gizzarelli Seniori?

FINE DEL SECONDO VOLUME.

immobile da' privilegj e dalle ipoteche preesistenti, ma è necessario che sia seguito dalla graduazione perchè con tal mezzo il dritto dei creditori rimane definitivamente esaurito mettendosi termine ad ogni relazione ulteriore tra il debitore ed il creditore, per cui la nuova legge di espropria dei 29 Dicembre 1828 nell'art. 202 ha disposto, che dietro la chiusura definitiva del verbale di graduazione, e dopo pagato il prezzo dell'aggiudicazione ai creditori graduati, le iscrizioni si cancellano, ed i creditori non devono più rinnovarle. Vedi Troplong trattato delle ipoteche tom. 3. N. 722. e tom. 4. N. 907.

INDICE

DELLE

QUISTIONI DI DRITTO

CONTENUTE IN QUESTO SECONDO VOLUME

QUISTIONI SUL LIBRO 2. DELLE LEGGI CIVILI



- QUISTIONI — 1. *Allorchè in un giudizio correzionale per delitti forestali, l'imputato oppone un dritto di proprietà, di servitù e di uso, o eccepisce feci sed jure feci; il giudice correzionale deve egli espletare il giudizio oppure sospendere il procedimento, e rinviare le parti ai fini civili per decidersi preliminarmente sulla quistione pregiudiziale di proprietà, di servitù o di uso . pag. 171.*
- 2. *Il governo ha egli realmente un dritto di proprietà e di condominio sulle difese de' particolari comprese nell'estensione dell' Agro silano? 179.*
- 3. *Il taglio degli alberi eseguito senza l'autoriz-*

zazione dell' amministrazione generale richiesta dall' art. 29 della legge del 21 agosto 1826 può essere punibile con pena correzionale? (1) . pag. 224.

- 4. *Allorchè in una donazione per atto tra vivi il donante dichiara che il donatario debba essere considerato come usufruttuario de' beni donati vita sua durante, e che dopo la di lui morte debbano godere de' beni medesimi i sacerdoti chierici, e novizi della sua famiglia in perpetuum, l' espressioni di usufrutto e di usufruttuario esprimon desse un' usufrutto causale o formale? (2) 230.*
- 5. *A più coeredi che posseggono pro indiviso un fondo ereditario compete l' esperimento dell' azion*

(1) A tali quistioni dà luogo il silenzio della legge la quale nulla dispone sull' influenza de' giudizi penali sul civile e viceversa. Sarebbe desiderabile che il legislatore supplisse al vuoto con un' atto dell' autorità sovrana.

(2) La quistion proposta è di dritto transitorio poichè le nuove leggi non riconoscono la distinzione di usufrutto formale e causale.

possessoria rispettivamente tra essi per poter garantire l'un verso l'altro l'esclusivo possesso della propria quota? . pag. 246.

- 6. *E se il comun padre da cui tutt' i coeredi àn causa avesse donato ad uno di essi un fondo con riserva dell' usufrutto sua vita durante, il titolo della donazione ha potuto far cessare il possesso pro indiviso attribuendolo esclusivamente al donatario? (1) ivi*

- 7. *Nei giudizi di servitù in petitorio, i giudici regi sono assolutamente incompetenti, o possono in qualche caso decidere del dritto di servitù fino a certi limiti? (2) 251.*

- 8. *Nelle servitù discontinue, e nelle servitù continue ed apparenti vi è luogo ad azion possessoria? (3) 254.*

(1) A questa quistione dà luogo il confronto degli art. 645, 735 e 803 ll. cc.

(2) A questa quistione dà luogo il confronto degli articoli 22 leg. organica giudiziaria 91, 92, 93 e 103 ll. di proc. civ.

(3) Questa quistione sorge dall' interpretazione degli art. 612, 627 e 2238 ll. cc.

- 9. *I vani a lumi ingrediente aperti sotto l'impero delle antiche leggi, possono essere oscurati dal vicino coll'inalzamento che questi facesse delle sue fabbriche dopo la pubblicazione delle leggi romane? . . . pag. 257.*
- 10. *E le finestre, od altre vedute di prospetto aperte anteriormente alle leggi in vigore sul fondo chiuso, o non chiuso del proprietario del fondo contiguo, possono esse oscurarsi coll'appoggio di una nuova fabbrica, che quest'ultimo volesse fare sul muro dove esistevano le aperture? (1) . . . ivi*
- 11. *Allorchè taluno ha acquistato il dritto di aprir finestre, o vedute dirette od oblique sulla casa del vicino sia per convenzione, per destinazione del padre, o per mezzo della prescrizione, può quest'ultimo inalzare un muro, o un'edifizio che*

(1) Questa quistione è di dritto transitorio ed ha spesso luogo nell'applicazione dell' art. 597 ll. cc.

renda inutile l' uso delle finestre aperte dal primo? (1) . . . pag. 260.

- 12. *Il divieto di aprire vedute dirette o finestre a prospetto sul fondo chiuso o non chiuso del vicino, cessa oppur nò quando tra i due fondi vi si frammezza una strada pubblica od un viale? (2) 261.*

- 13. *Il divieto di formare delle vedute dirette, o oblique in distanza minore di quella stabilita dagli art. 599 e 600 ll. cc. cessa o pur nò quando esiste un muro intermedio atto ad impedire la vista sul fondo del vicino? E nell' affermativa demolendosi il muro intermedio si potrebbe domandare la chiusura delle finestre e delle vedute già aperte? (3) . . . 275*

- 14. *Si può costituire una servitù per semplice diletto, per semplice or-*

(1) Questa quistione è puramente di dritto transitorio ed ha luogo all'applicazione dell'art. 662 ll. cc.

(2) A questa quistione dà luogo la cattiva redazione dell' art. 599 ll. cc.

(3) Questa quistione si eleva spesso nel Foro per volersi interpretare lo spirito degli art. 599, e 600. ll. cc.

namento, come quella di poter passeggiare sul fondo altrui, di potervi raccogliere le frutta, cenarvi ec. (1) . . . pag. 276.

- 15. La servitù di attingere acqua da una cisterna era, oppur nò riconosciuta dalle antiche leggi? È dessa riconosciuta dalle leggi vigenti? (2) . . . 279.

- 16. Se all' eredità di Tizio, morto senza prole e senza ascendenti concorrono discendenti da un fratello e da due sorelle predefunti, i quali si trovino in gradi ineguali fra loro, la eredità dovrà dividersi in stirpi, rappresentando e i più prossimi e i più remoti, ovvero i più prossimi succederanno per diritto proprio ed in capi, ed i più remoti risaliranno allo stesso grado per rappresentazione di coloro, che se fossero in vita si rinverrebbero

(1) A questa quistione dà luogo l' interpretazione dell' art. 686 ll. cc.

(2) A questa quistione dà luogo l' interpretazione dell' art. 559 ll. cc.

coi primi in grado eguale? (1) . . . pag. 314.

- 17. Essendo colle nuove leggi art. 194 imposto al padre o all'avo paterno, ed alla madre l'obbligo di dotar la figlia e la nipote a differenza di ciò che stava prescritto coll'art. 204 cod. franc., dee dirsi cessata la ragion della legge abolita relativamente alla prerogativa di successione che quel codice accordava all'ascendente sui beni donati alla figlia quando muoia con figli e questi premuovono al donante? In altri termini, gli articoli 204, 732 e 747 del cod. francese sono stati essi derogati dagli art. 194, 655, 669 e 670 ll. cc.? E quali sono gli effetti di tali derogazioni? (2) 338.
- 18. La penale di decadenza apposta in un maggiorato del 1788 contro

(1) A questa quistione dà luogo l'interpretazione degli art. 660, 667 e 668 ll. cc.

(2) A questa quistione dà luogo la modifica fatta dalle nuove leggi all'art. 640. ll. cc., non che il confronto degli articoli 194, 655, 669, coll'art. citato.

dell'erede fiduciario, non reclamata dall'erede fedecommissario in di cui favore era scritta nel tempo in cui i fedecommissi erano in vigore, può accordargli azione ad esperimentare il suo preteso dritto or che le sostituzioni sono state abolite? E nell'affermativa la penale si sarebbe ella verificata in favor dell'attore, ovvero di sua zia a prò della quale il trasferimento si sarebbe operato di pieno dritto nove anni pria della nascita del preteso fedecommissario attore?

13.

- 19. L'esazione di una rata di prezzo de' fondi fedecommissati venduti fin dal 1808 al convenuto fatta per parte dell'attore fin dall'epoca della sua maggior età nel 1820, può costituire una ratifica tacita, od una esecuzione volontaria dell'atto di vendita capace di produrre la rinuncia alle eccezioni che avrebbero potuto opporsi contro tale atto?

24.

- 20. *Non ostando all' attore, preteso erede fedecommissario, il fine di non ricevere per lo triplice motivo esposto nelle due precedenti quistioni, la buona fede del fiduciario alienante non menocchè dell' acquirente de' beni fedecommessati, e resi liberi in persona del fiduciario fin dal 1807, è ella sufficiente per far mantenere la vendita, e per fare rigettare l' azion di revindica promossa dal preteso fedecommissario otto giorni pria che si fosse compiuta la prescrizione decennale* 36.
- 21. *Nella più sfavorevole ipotesi potrà l' azion di revindica sperimentarsi su di un fondo acquistato all' asta pubblica, dietro una sentenza di aggiudicazione diffinitiva emessa contro del fiduciario e su di altro fondo che il preteso fedecommissario non ha giustificato di esser compreso tra i beni fedecommessati venduti dal convenuto? Ed in ogni caso potrà il compratore*

pretendere il prezzo de' fondi acquistati, nonchè le migliorie che sono il frutto del tempo, dell' industrie, e della mano dell' uomo? (1) 92.

— 22. Una donazione fatta in contemplazione di futuro matrimonio è ella valida allorchè manca l'accettazione nonchè la lettura alle parti in presenza de' testimoni? . . . 394.

— 23. Nella negativa può ratificarsi e confermarsi con posteriore testamento del donante? 407.

— 24. Può dirsi volontariamente eseguita per parte degli eredi del donante mediante l'annotazione fatta all'epoca della morte del donante medesimo? 414.

— 25. In fine i voluti donatari possono conseguire la donazione considerandosi quali legatari del donante per effetto del di costui testamento? (2) . 420.

(1) A queste quistioni ha dato luogo il silenzio serbato dal legislatore circa gli effetti delle alienazioni fatte in buona fede dall'erede putativo.

(2) A queste quistioni dà luogo l'interpretazione degli art. 1042, e 1293 ll. cc.

- 26. Un testamento per atto pubblico sul quale sia intervenuto un testimone cui manchino giorni quindici per giungere alla maggior età, e che d'altronde manca della pubblicazione a chiara ed intelligibile voce, è egli valido, o nullo? E può influire alla sua validità la circostanza d'essersi il testamento stipulato in un monastero mezzo miglio distante dall'abitato di un comune che conta oltre ad 8000 anime? (1)* 425.
- 27. La revoca di un testamento valido contenuta in un testamento nullo per mancanza delle formalità prescritte per la validità de' testamenti, ma rivestito delle solennità necessarie agli atti stipulati innanzi notaio, è dessa produttiva di effetti legali? (2) 431.
- 28. L'involamento del testamento fatto dall' ere-

(1) A questa quistione dà luogo l'interpretazione degli art. 900 e 906 ll. cc.

(2) A questa quistione dà luogo l'oscura redazione dell' art. 990 ll. cc.

*de costituisce una causa
d'indegnità per escluderlo
dalla successione legitti-
ma ai sensi dell' art. 648
ll. cc.? (1)*

444.

— *29. La riversione stipu-
lata a favore del donan-
te sotto una condizione
risolutiva pria della pub-
blicazione del codice fran-
cese, può giovare ai di-
lui eredi sotto le leggi ci-
vili in vigore? (2)*

449.

— *30. Allorchè più coeredi
posseggono in comune e
pro-indiviso l'eredità dei
loro maggiori, gli acqui-
sti particolari fatti da u-
no di essi debbono met-
tersi in comune cogli al-
tri e far parte della di-
visione? (3)*

537.

— *31. La vita milizia cui
avean dritto i secondi ge-
niti nei feudi per effetto
delle antiche leggi feuda-*

(1) A questa quistione dà luogo l'interpretazione dell' art. 648 ll. cc.

(2) Questa quistione è puramente di dritto transitorio e trova il suo appoggio nell'interpretazione degli art. 875 876 e 877 ll. cc.

(3) A questa quistione dà luogo l'assoluto silenzio della legge e trova il suo appoggio nell' art. 1706 ll. cc. che non riconosce società senza scrittura.

li, accordava loro dritti di proprietà, o semplici dritti di credito su di una rata de' frutti de' beni feudali?

E dopo abolita la feudalità, non menocchè le sostituzioni fedecommesarie colle leggi del 2 agosto 1806, e 15 marzo 1807, i secondi-geniti nei feudi hanno acquistato dritto di proprietà, o semplici dritti di credito contro del primogenito possessore de' beni feudali, e fedecommessati? (2) . 564.

QUISTIONI SUL LIB. 3. DELLE LEGGI CIVILI

- 1. E' erede di colui che ha fatto un contratto assolutamente simulato per ingannare un terzo è ammesso ad impugnarlo allorchè l'altro contraente ne chiede l'esecuzione in suo danno? 460.
- 2. Nell'affermativa può essergli permessa la pruova, sia per dimostrare l'involamento della scrittura

(2) Queste quistioni sono puramente di dritto trattatorio.

criminosamente sottratta dall' altro contraente che ne reclama l' esecuzione , sia per la causa falsa ed illecita che diedero vita al contratto stipulato, o pure gli osta il divieto sanzionato nell' art. 1295 ll. cc. ?

473.

— 3. Sono oppur nò pertinenti i fatti articolati per dimostrare non meno la causa falsa ed illecita che diedero vita al contratto , che la frode che ne sarebbe l' effetto? (3)

480.

— 4. Il creditore in di cui pregiudizio il debitore ha distratto l' intero suo patrimonio sia donandolo ai figli, sia costituendolo per dote alle sue figlie , ed alle sue nipoti , sia vendendolo ai suoi germani, ha egli dritto di far rievocare gli atti di alienazione a titolo oneroso e gratuito sino la concorrente quantità del suo credito? (4)

502.

(3) A queste quistioni dà luogo l' interpretazione degli art. 1062, 1085, 1087 e 1088 ll. cc. , nonchè il confronto coll' art. 1295 delle stesse leggi.

(4) A questa quistione dà luogo l' interpretazione degli art. 1119, 1120 e 1963 ll. cc.

- 5. Il dritto che la legge accorda ai creditori di poter impugnare gli atti fatti dal loro debitore in frode delle loro ragioni, è oppur nò soggetto alla prescrizione del decennio? 525.
- 6. Ed il creditore che per conseguire il suo credito fosse concorso in un giudizio di ordine contro del suo debitore, potrà fare uso dell'azion revocatoria? (1) ivi
- 7. Può sussistere una delegazione di debito senza l'intervento del creditore delegatario? 554.
- 8. E colui che dicesi succeduto al creditore non intervenuto nell'istrumento di delegazione di debito, può rappresentare dritti contro del debitore nuovo sostituito all'antico senza il consenso del creditore delegatario? (2) ivi
- 9. Tra due compratori dei quali il primo ha acquistato con una scrittu-

(1) Queste quistioni sorgon dal confronto degli articoli 1119, 1120 ll. cc., 949, 951 e 544 leggi di rito.

(2) Queste quistioni sorgono dal confronto degli articoli 1229, 1231 e 1232 ll. cc.

ra privata senza data certa, ed il secondo con titolo autentico, chi dei due dee essere preferito all'altro? 497.

E qual' è il segno caratteristico per distinguere i terzi dagli aventi causa? (1) ivi

- 10. *Una decisione della G. C. Criminale in Camera di Consiglio colla quale pronunziandosi su di una querela di falso, a maggioranza di voti si decide di conservare gli atti in archivio, costituisce un giudicato ne' sensi dell' art. 1305 ll. cc. E qual' è l' influenza di tal decisione del giudizio civile? (2)* 485.

- 11. *Un creditore che godeva di un' ipoteca tacita in forza delle leggi del Regno pria del 1809 potea promuovere il giudizio di assistenza contro*

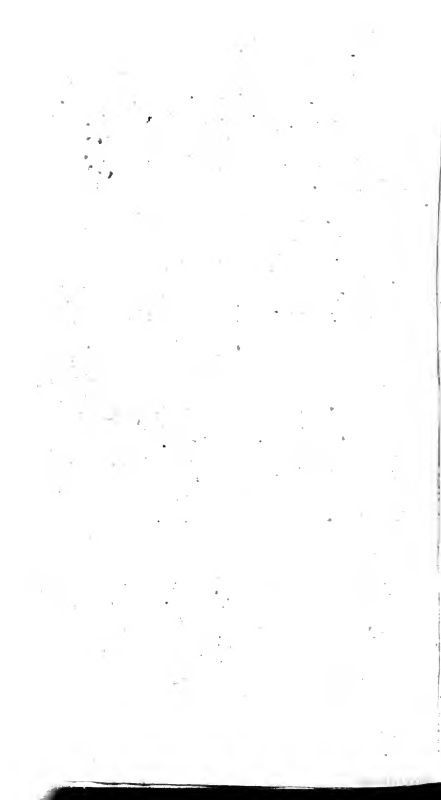
(1) Queste quistioni sorgono dal confronto degli articoli 1282 e 1276 ll. cc.

(2) A questa quistione dà luogo l' interpretazione dell' art. 1305 ll. cc., nonchè il silenzio serbato dal legislatore relativamente all' influenza dei giudizi civili sul penale, e viceversa.

- de' terzi possessori i di-
cui fondi erano affetti
dall'ipoteca tacita? . . . 598
- 12. Nell'affermativa po-
teva sperimentarsi tal giu-
dizio pria di escutersi gli
eredi del debitore origi-
nario? ivi
- 13. In ogni caso la pre-
scrizione si sarebbe ope-
rata a favor de' terzi pos-
sessori coll'elasso del tren-
tennio, o loro osta la co-
noscenza dell'ipoteca taci-
ta che affettava i fondi da
essi acquistati? ivi
- 14. Infine l'ipoteca iscrit-
ta a 25 agosto 1810 in
forza de' titoli diversi da
quelli che glie l'attribuisco-
no al creditore senza espri-
mere nè la natura de' dritti
da conservarsi, nè la na-
tura e situazione de' fon-
di, è dessa validamente
conservata? (1) ivi

(1) Le prime tre quistioni sono puramente di drit-
to transitorio, l'ultima fonda sull'interpertrazione degli
articoli 94. legge transitoria del 3. Gennaio 1809. 2148
e 2153. cod. francese uniforme agli art. 2042. e 2047.
leggi civili.





169

a

38

